

VIVIENDA FAMILIAR E **HIPOTECA EN LA SOCIEDAD** **DE GANANCIALES**

TFG presentado por Xian Díaz Ruiz

Curso académico 2018/2019

Tutor: Ángel Luis Rebolledo Varela

ÍNDICE

1. ÍNDICE.....	p. 1
2. RESUMEN. PALABRAS CLAVE.....	p. 2
3. INTRODUCCIÓN.....	p. 3
4. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR.....	p. 4
5. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR MEDIANTE PRÉSTAMO GARANTIZADO CON HIPOTECA ANTES DEL COMIENZO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.....	p. 10
5.1 Calificación de la vivienda familiar adquirida mediante préstamo hipotecario antes de la sociedad de gananciales: artículo 1357.2 del Código Civil.....	p. 10
5.2 Cuestiones derivables de la interpretación del artículo 1357.2 del Código Civil..	p. 14
5.3 Condominio sobre vivienda familiar y acción de división.....	p. 17
5.4 Inscripción en el Registro de la Propiedad.....	p. 18
6. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR MEDIANTE PRÉSTAMO GARANTIZADO CON HIPOTECA CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.....	p. 22
6.1 Adquisición por uno solo de los cónyuges. La regla de la accesión económica del artículo 1356 del Código Civil.....	p. 23
6.2 Adquisición conjunta por ambos cónyuges. Breve estudio de la atribución voluntaria de ganancialidad.....	p. 28
7. PAGO DE LAS CUOTAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO QUE GRAVA LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL p. 34	
7.1 Consideración o no como matrimonio e imputación del pago de las cuotas.....	p. 34
7.2 Situaciones de contribución desigual y de impago de la deuda hipotecaria...	p. 36
7.3 Eficacia de los acuerdos y decisiones judiciales que propugnen una contribución desigual al pago de las cuotas.....	p. 37
8. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.....	p. 40
9. CONCLUSIONES.....	p. 46
10. BIBLIOGRAFÍA.....	p. 47

2. RESUMEN. PALABRAS CLAVE

En el presente Trabajo de Fin de Grado se abordará el estudio de la vivienda familiar y la hipoteca en el seno de la sociedad de gananciales. Para ello, se comenzará acotando la institución de la vivienda familiar, subrayando su naturaleza y diferenciándola de otras viviendas de la familia. A continuación, se estudiarán las cuestiones relacionadas con la adquisición de la misma mediante préstamos garantizados con hipoteca, así como las previsiones legales y jurisprudenciales sobre el pago de las cuotas del préstamo sobrevenida la crisis matrimonial. Finalmente, se destacarán las medidas de protección de la vivienda familiar que articula el ordenamiento jurídico en sede de ejecución hipotecaria.

PALABRAS CLAVE: vivienda familiar; hipoteca; sociedad de gananciales; préstamo; acción de división; Registro de la Propiedad; accesión económica; atribución de ganancialidad; carga del matrimonio; deuda hipotecaria; ejecución hipotecaria

2. ABSTRACT. KEYWORDS

In the present Final Degree Project the study of family housing and mortgage within the conjugal partnership will be discussed. For that purpose, family housing institution will be delimited, underlining its nature and distinguishing it from other residences of the family. Then, the issues related to the purchase of the family housing through loans secured by mortgages will be studied, just like the legal and case-law stipulations about loan fees payment once marital crisis occurs. Finally, the family housing protection measures laid down by law in foreclosure situations will be mentioned.

KEYWORDS: family housing; mortgage; conjugal partnership; loan; partition action; Land Registry; economic accession; attribution to conjugal partnership; marriage duty; mortgage debt; foreclosure

3. INTRODUCCIÓN

La vivienda familiar se erige como un bien de importancia capital desde múltiples puntos de vista. Desde una perspectiva sociológica, es el lugar en el que se desarrolla la vida conyugal y que da cobijo al matrimonio y a los hijos, configurándose como el primer espacio de socialización y desarrollo de la personalidad de éstos. Pero, además, su importancia económica es enorme: el elevado precio de la misma conlleva que, muchas veces, constituya el principal activo de la familia y uno de los bienes más cotizados en el patrimonio de una persona y, sin duda, de una comunidad ganancial.

Por todo ello, la vivienda familiar suscita cuestiones y controversias muy variadas a las que el Derecho intenta dar respuesta y, en general, procurarle una protección especial en atención a su relevancia social y económica. En el presente trabajo nos hemos centrado en la casuística que se deriva de la vivienda familiar y la hipoteca cuando el régimen económico del matrimonio es la sociedad de gananciales, dejando de lado otros asuntos de interés como la atribución del uso en situaciones de crisis matrimonial o los distintos conceptos en los que se puede poseer la vivienda familiar y sus efectos jurídicos.

De esta forma, comenzamos delimitando los aspectos esenciales que caracterizan a la vivienda familiar, para poder distinguirla de otros inmuebles de la familia que no gozarán del mismo régimen especial. A continuación, examinamos las cuestiones relativas a la adquisición de la misma mediante un préstamo garantizado con hipoteca, que es la principal forma de financiar la compra de estos bienes, y cuyo tratamiento será diferente según se haya realizado la operación antes del comienzo de la sociedad de gananciales o constante la misma. Proseguimos analizando el pago de las cuotas del préstamo hipotecario en situaciones de normalidad matrimonial y, especialmente, en escenarios de crisis familiares. Finalmente, vamos a repasar las medidas con las que el ordenamiento protege a la vivienda familiar en los procedimientos de ejecución hipotecaria, desde que se interpone la demanda hasta que la ejecución se completa.

4. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

El primer cometido a la hora de abordar el presente trabajo es la conceptualización de la vivienda familiar. El legislador, aunque la ha dotado de un estatuto de protección especial, no se ha ocupado de la definición de la misma. Así pues, hemos de recurrir a la construcción que la doctrina y la jurisprudencia han realizado de la institución para arrojar luz sobre los aspectos esenciales que constituyen su contenido y alcance.

Comenzando por la cúspide de la pirámide kelseniana, hay que apuntar que, si bien la Constitución Española no hace referencia a la “vivienda familiar” en ninguno de sus preceptos, sí lo hace y con énfasis a la vivienda y a la familia. Por lo tanto, siguiendo a ELORRIAGA DE BONIS, no es posible deducir que esta institución sea ajena al texto constitucional <<ya que en él están presentes los elementos que le dan la configuración a aquella>>¹. De esta forma, ambas instituciones son referidas por varias normas constitucionales, especialmente por el artículo 39.1 que consagra la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, así como por el art. 47, que reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Descendiendo hasta el Código Civil, sí encontramos en este cuerpo referencias a la vivienda familiar, en concreto a su régimen jurídico y protección; aunque, como hemos visto, ningún artículo ahonda en su definición. De hecho, aunque sin duda contiene un estatuto básico, se refiere a este bien con denominaciones tan variadas como “vivienda habitual” (artículos 90.B, 91, 96, 103.2, 1357.2), “residencia habitual” (artículo 1406.4), “hogar familiar” (artículos 81.1, 81.2, 1362.1), “domicilio conyugal” (artículos 70, 87) o “domicilio familiar” (artículo 93.2)²; aun cuando todos los términos hacen referencia unívoca a la misma realidad³. La misma vaguedad conceptual se puede predicar de otras leyes en las que aparece

¹ ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 32

² *Ibid.*, p. 193

³ CUENA CASAS, M.: “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 289. Otros autores se manifiestan contrarios a la utilización indistinta de los términos; así, *cfr.* ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, p. 26 y ss.

mencionada, como el Reglamento Hipotecario, la Ley de Arrendamientos Urbanos o la Ley de Enjuiciamiento Civil, por nombrar algunas.

La vivienda familiar es el lugar en que se desarrolla la vida familiar, en el que tienen la residencia habitual y el espacio reservado a su intimidad los miembros de la familia⁴. En otras palabras, se trata de <<aquel espacio físico, digno y adecuado, que constituye el ámbito normal de las relaciones matrimoniales y de filiación>>⁵; o, de acuerdo con la conceptualización del Tribunal Supremo, <<el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos>>⁶ o el <<bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario>>⁷. De aquí podemos extraer un matiz al que haremos referencia sucinta: la condición de vivienda familiar está desconectada del título en que se fundamente su uso o posesión. Aunque tendrá importantes consecuencias, <<no preocupa al legislador civil para calificar una vivienda como familiar la circunstancia de que se ostente título hábil para poseerla>>⁸. De esta forma, será indiferente a efectos de adjetivación que la vivienda se posea en condición de propietario, arrendatario, precarista, comodatario, etc., o incluso en virtud de un título judicial.

Debemos, sin embargo, precisar bajo qué circunstancias puede una vivienda ser calificada como familiar y, en consecuencia, beneficiaria del régimen de protección que el ordenamiento le otorga. Aunque la casuística puede ser muy variada y cambiante, existen una serie de requisitos cuya concurrencia permiten a una vivienda revestir el carácter de familiar.

⁴ VERDERA IZQUIERDO, B.: *Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La "necesidad de vivienda"*, en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº1, 2016, p.10

⁵ ELORRIAGA DE BONIS, F.: *op. cit.*, p. 46

⁶ STS 16 de diciembre de 1996 (RJ/1085/1996)

⁷ STS 31 de diciembre de 1994 (RJ/1994/10330)

⁸ DE LA PUENTE ALFARO, F.: *La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 698, 2006, p. 2360

En primer lugar, ha de ser un bien destinado a la vivienda, es decir, debe cumplir una función habitacional. Entonces, resulta sencillo descartar de esta calificación las oficinas, despachos, negocios y establecimientos destinados al ejercicio profesional, siempre que estén estrictamente afectados a ese fin. La controversia surge respecto de las denominadas “viviendas mixtas” o “inmuebles de naturaleza mixta” en las que, además de la función habitacional, hay una parte inseparable del inmueble dedicada al desarrollo de una actividad empresarial o profesional⁹. Una parte de la doctrina aboga en estos casos por el criterio de la accesoriedad, de manera que habría que dirimir si la actividad principal del inmueble es la de proveer vivienda o servir de soporte a la labor profesional, y puesto que lo accesorio sigue la suerte de lo principal bajo este criterio, la naturaleza del inmueble estaría determinada por el uso principal al que es destinado¹⁰. Otros, como CUENA CASAS, descartan la aplicación de esta regla afirmando que <<con base en el espíritu que inspira la normativa específica en materia de vivienda, su finalidad tuitiva de la familia, el hecho de que en el inmueble coexista con la finalidad de vivienda otra actividad, no excluye dicho bien del estatuto jurídico particular que la ley asigna a la vivienda familiar>>¹¹.

El segundo de los requisitos es el de la habitualidad en el uso, esto es, debe tratarse de la vivienda donde habitualmente se desarrolle la convivencia familiar. Esto excluye a las segundas residencias, que son inmuebles que no satisfacen las necesidades cotidianas de alojamiento de la familia, bien porque solo los ocupan de forma esporádica bien porque sirven a otras finalidades, como el ocio, el esparcimiento o incluso usos profesionales¹².

No obstante, no debemos confundir las segundas residencias con el fenómeno de la “doble residencia” o “duplicidad de domicilios”. En ocasiones, por motivos laborales o de otra índole, los cónyuges o sus hijos se pueden ver forzados a mantener más de una vivienda familiar, ya la ocupen de manera simultánea o alternativa. Algunos sectores consideran que estos domicilios son una extensión del hogar y tendrían el carácter de vivienda familiar¹³. HERRERO GARCÍA es partidaria de esta postura, defendiendo que el problema de la

⁹ BERROCAL LANZAROT, A.I.: *Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 762, p. 1966

¹⁰ TAMAYO CARMONA, J. A.: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 34

¹¹ CUENA CASAS, M.: *op. cit.*, pp. 288, 289

¹² CABEZUELO ARENAS, A.L.: *La atribución del uso de las segundas residencias en los procesos matrimoniales*, en Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2012, parte Estudios, pp. 1, 2 (BIB 2012/2992)

¹³ *Ibid.*, p. 2

calificación se reduce lo que los cónyuges hayan decidido y preguntándose si <<¿podría privarse a alguna de ellas del calificativo de “vivienda familiar” si ambos quieren otorgarle tal carácter?>>¹⁴; GARCÍA CANTERO se inclina igualmente por esta opción esgrimiendo que, si bien el legislador utiliza el singular al referirse a la vivienda habitual, no está en su intención o *mens legislatoris* excluir la posibilidad de una pluralidad simultánea de viviendas familiares protegidas¹⁵. En sentido contrario, otros autores dispensan esta interpretación afirmando que la vivienda familiar es única en el sentido del art. 1320, y que aunque haya otras viviendas que cubran ciertas cargas familiares (y que serán “viviendas de la familia”), solo una puede alcanzar la categoría de vivienda familiar en atención a su principalidad¹⁶.

A propósito de este requisito, recalcar que la vivienda que pretenda el carácter familiar deberá ser la vivienda principal, el lugar de residencia permanente; en palabras de ORDÁS ALONSO, <<estaremos ante una vivienda familiar cuando se detecte que la ocupación no está concebida con ánimo de transitoriedad>>¹⁷. La misma añade que resulta indiferente a efectos de la calificación como familiar el tiempo, prolongado o escaso, durante el que la familia convivió en la misma, siempre que durante esa convivencia y hasta la ruptura de la misma el uso dado al bien fuese el propio de las viviendas familiares.

A continuación, el tercer presupuesto hace referencia al uso o destino familiar de la vivienda, en el sentido de que ha de estar afectada a las necesidades de los miembros de la familia¹⁸ y debe servir a los fines del matrimonio¹⁹.

Ello nos obliga a reflexionar sobre el alcance del carácter “familiar”, especialmente en cuanto a la situación de las uniones de hecho o parejas extramatrimoniales y la cabida o no de su vivienda principal bajo el paraguas de protección que el Código extiende para la vivienda familiar (naturalmente, cuando ellos mismos no hayan pactado al respecto); y parece que

¹⁴ HERRERO GARCÍA, M^a.J.: “Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil”, en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, p. 303

¹⁵ GARCÍA CANTERO, G.: “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, en P. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 74

¹⁶ MURCIA QUINTANA, E.: *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 55, 56; ELORRIAGA DE BONIS, F.: *op. cit.*, p. 216

¹⁷ ORDÁS ALONSO, M.: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 78

¹⁸ GARCÍA CANTERO, G.: *op. cit.*, p. 74

¹⁹ STS 20 de noviembre de 2018 (RJ/2018/5086)

doctrina y jurisprudencia coinciden en excluir a las familias no matrimoniales de esta normativa protectora²⁰. El Tribunal Supremo ha afirmado que <<la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio (...) aunque una y otra se sitúen dentro del derecho de familia. Aún más: hoy en día (...) con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias (...) la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia “more uxorio” explica el rechazo (...) de la aplicación por “analogía legis” de las normas propias del matrimonio>>²¹. Por lo tanto, según el razonamiento del Alto Tribunal, no se les puede aplicar las normas de una institución a quienes consciente y voluntariamente las han eludido con su conducta.

Pese a todo, CUENA CASAS apunta que la existencia o no de hijos comunes de la pareja no casada puede hacer cambiar esta situación, fundamentalmente en lo que a atribución del derecho de uso de la vivienda se refiere²². No obstante, creemos que esto se debe a la primacía del principio del *favor filii* y no a la consideración de este tipo de relaciones como análogas a las matrimoniales por la mera causa de la filiación.

Finalmente, mencionar dos cuestiones controvertidas: la de la necesaria habitabilidad de la vivienda familiar y la de su forzosa naturaleza inmobiliaria.

Sobre el primer punto, algunos autores como GARCÍA CANTERO han invocado el criterio de la habitabilidad como determinante para poder hablar de vivienda familiar, apelando a la Ley de Arrendamientos Urbanos que exige que la edificación objeto del negocio de arrendamiento sea habitable, y poniéndolo en relación con la vivienda digna y adecuada a la que se refiere el art. 47 de la Constitución. Así, dice que <<una choza, una cabaña, una casa en ruinas, un establo, un almacén, etc. aunque eventualmente pueden brindar cobijo a una familia no pueden en principio merecer la calificación de vivienda familiar>>²³. Sin embargo, desde otros sectores responden que esta exigencia sería jurídicamente incorrecta, recordando que el Código Civil en ningún momento exige “condiciones de habitabilidad determinadas”, y que el precepto constitucional aludido no

²⁰ ELORRIAGA DE BONIS, F.: *op. cit.*, pp. 225, 226

²¹ STS 30 de octubre de 2018 (RJ/2009/404)

²² CUENA CASAS, M.: *op. cit.*, pp. 305 y ss.

²³ GARCÍA CANTERO, G.: *op. cit.*, pp. 72, 73

constituye un derecho subjetivo sino que <<tiene un evidente carácter programático orientativo para el sector público (...) pero no es (...) una constatación de la realidad, pues es un hecho público y notorio que aún subsisten viviendas que no reúnen las condiciones ideales de habitabilidad (...) lo que naturalmente no las priva, para quienes las ocupan, del carácter de vivienda>>²⁴.

Respecto al segundo asunto, el debate se centra en torno a la posibilidad de que ciertos bienes muebles (por ejemplo, caravanas o yates) puedan tener la consideración de vivienda familiar. Las voces contrarias azuzan la difícil identificación, su vulnerabilidad y su complicado acceso a registros²⁵, así como el tratarse de bienes que se deterioran con el uso²⁶ para negarles este carácter. Con todo ello, y pese a la lógica que rodea a tal razonamiento, no se puede afirmar que esos bienes estén excluidos de las normas sobre vivienda²⁷.

En definitiva, y como hemos visto, las normas sobre vivienda familiar serán de aplicación a aquellos bienes que reúnan los requisitos de estabilidad, permanencia y habitualidad, que estén afectados a un uso familiar y cumplan una función habitacional; todo ello en garantía de la salvaguarda y protección del núcleo familiar.

²⁴ ELORRIAGA DE BONIS, F.: *op. cit.*, p. 206

²⁵ GARCÍA CANTERO, G.: *op. cit.*, p. 74

²⁶ ORDÁS ALONSO, M.: *op. cit.*, p. 75

²⁷ BERROCAL LANZAROT, A.I.: *op. cit.*, p. 1967; TAMAYO CARMONA, J.A.: *op. cit.*, p. 35

5. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR MEDIANTE PRÉSTAMO GARANTIZADO CON HIPOTECA ANTES DEL COMIENZO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

5.1 Calificación de la vivienda familiar adquirida mediante préstamo hipotecario antes de la sociedad de gananciales: artículo 1357.2 del Código Civil

Como hemos mencionado, la vivienda familiar goza de un estatuto jurídico especial como consecuencia de su relevancia social y económica. Uno de los artículos que conforman ese régimen es el artículo 1357 del Código Civil, de aplicación en el caso de las adquisiciones por precio aplazado realizadas antes del comienzo de la sociedad de gananciales. En su primer párrafo se consagra una regla general según la cual la titularidad de estos bienes será siempre privativa, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. No obstante, y en lo que aquí nos interesa, el párrafo segundo de dicho artículo establece una excepción para la vivienda y el ajuar familiares, remitiéndonos al artículo 1354; de modo tal que en esos casos la vivienda pertenecerá “pro indiviso” a la sociedad de gananciales y al cónyuge adquirente en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

Sin embargo, en la actualidad, la principal vía de financiación a la hora de adquirir una vivienda no es la compraventa a plazos sino la contratación de un préstamo hipotecario. A este respecto, conviene comenzar aclarando que, a los efectos de la aplicación de la referida norma, la jurisprudencia ha asimilado el pago de las amortizaciones del crédito hipotecario con los pagos de una compraventa a plazos. Esta interpretación se realizó para evitar situaciones en las que, habiendo sido adquirida la vivienda al contado antes del comienzo de la sociedad pero tras la contratación de un préstamo con un tercero cuyas amortizaciones fueron pagadas constante matrimonio, se pudiese alegar una interpretación literal del art. 1357.2 para excluir su aplicación, evitando la calificación de compraventa a plazos; <<supondría un fraude de ley entender como decisivo y determinante el hecho formal de que quien compra una vivienda familiar en estado de soltería y en vísperas de contraer matrimonio, constituyendo al propio tiempo una hipoteca sobre aquel a pagar a lo largo de dicho matrimonio, pueda sostener, burlando el espíritu del párrafo 2º. del art. 1357 que ese concreto bien “vivienda y ajuar familiares” es y sigue siendo privativo, pese a que las

amortizaciones del crédito hipotecario constituido paralelamente se hagan efectivas en definitiva durante el matrimonio, resultando patentes en todo caso la equiparación a estos efectos entre dichas amortizaciones de la hipoteca y los pagos de una compraventa a plazos>>²⁸.

Dicha doctrina ha sido reiterada sucesivamente sin que se puedan encontrar voces disonantes²⁹. Además, esta equiparación se produce no solo en el caso de préstamos hipotecarios, sino en cualquier tipo de préstamo, <<ya sea éste hipotecario o personal>>³⁰. Asimismo, no solo dota de eficacia práctica a esta norma, pues como hemos dicho los préstamos hipotecarios son la principal forma de financiar la adquisición de viviendas, sino que es importante desde una perspectiva económica, ya que tiene en cuenta el factor de la revalorización de los inmuebles: <<normalmente será de más valor esta participación pro indiviso en la vivienda que el reembolso de las cantidades destinadas a su adquisición, [incluso] con la correspondiente actualización>>³¹.

La excepción prevista en este artículo no viene condicionada en ningún caso por el “quántum” abonado con patrimonio ganancial. Así, sería suficiente el pago de un solo plazo a cargo del acervo común para que se aplicase este régimen. En este sentido se expresa el Tribunal Supremo al resolver sobre un supuesto en el que solamente uno de los plazos se pagó durante el matrimonio, afirmando que <<la exigua cantidad pagada por la sociedad de gananciales respecto del total que se adeudaba>> no es pretexto para excepcionar la aplicación del artículo 1357.2³².

De esta manera, aun abonado íntegramente el precio de la vivienda antes de comenzar la sociedad de gananciales (al haberse obtenido un préstamo para ello que se devuelve

²⁸ STS 31 de octubre de 1989 (RJ/1989/7038)

²⁹ *cfr.* SSTS 18 de diciembre de 2000 (RJ/2000/10396), 7 de julio de 2016 (RJ/2016/3722); SSAP Murcia, Sección 1ª, 13.07.04 (JUR/2005/25089), Álava, Sección 1ª, 15.03.05 (JUR/2005/193132), Cantabria, 12.07. 94 (AC/1994/1361), Córdoba, Sección 1ª, 23.05.02 (AC/2002/1253), Murcia, Sección 5ª, 08.03.12 (JUR/2012/131322),

³⁰ CALZADILLA MEDINA, Mª. A.: “Protección del patrimonio ganancial vía art. 1357.2º del Código Civil”, en C. Lasarte y Mª D. Cervilla (dirs.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 711

³¹ SERRANO FERNÁNDEZ, M.: “Comentario al artículo 1357”, en A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, volumen III*, Thomsom Reuters Aranzadi, Navarra, 2ª edición, 2016, p. 953

³² STS 7 de junio de 1996 (RJ/1996/4826)

vigente la sociedad y con cargo al caudal común), no podríamos calificar el bien como privativo conforme a los artículos 1346.1 y 1357.1, sino que se considera un supuesto integrado en la excepción del artículo 1357.2; de forma que, por la remisión que hace al artículo 1354, pertenecería en copropiedad al cónyuge adquirente y a la sociedad de gananciales, en proporción a lo pagado con patrimonio privativo o ganancial.

Ello conlleva que, hasta que no se pague por completo el bien, no se sabrá con exactitud la parte o proporción que corresponde a la sociedad de gananciales y la que corresponde al cónyuge adquirente; es decir, <<se genera una situación de proindivisión en que las cuotas son variables hasta el momento del pago final, cuando quedan definitivamente fijadas>>³³. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de un bien comprado por uno de los cónyuges en estado de soltero por medio de un préstamo hipotecario, cuyas amortizaciones son pagadas en parte con su dinero privativo bajo el mismo estado de soltería, en parte con dinero ganancial bajo dicho régimen económico y en parte con su dinero privativo de nuevo, al restar plazos por abonar cuando la sociedad se hubo disuelto definitivamente. La casuística puede ser muy dispar por lo que, hasta que la obligación no haya sido cumplida íntegramente, no se podrá proceder a la determinación de las cuotas.

Otra consecuencia de este precepto, siguiendo a REBOLLEDO VARELA, es que en la liquidación de la sociedad de gananciales no se podrá incluir en el activo la totalidad de la vivienda familiar, <<sino solamente la cuota ganancial por las cantidades pagadas constante la sociedad conyugal, dado que los bienes privativos no se integran en la liquidación>>³⁴. También se expresan así los Tribunales, señalando que <<la parte de la vivienda que debe integrarse en el inventario de bienes como propiedad de la extinguida sociedad de gananciales será en la proporción del dinero abonado durante la vigencia del matrimonio y el régimen de gananciales>> o que <<debe incluirse en el activo la parte proporcional de la vivienda

³³ GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J.: “La sociedad de gananciales”, en V. M. Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, Navarra, pp. 333, 334

³⁴ REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “Comentario al artículo 1357”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9604

familiar que haya sido adquirida en virtud de las cuotas abonadas por la sociedad de gananciales>>³⁵.

Por lo tanto, la apostilla introducida en el artículo 1357.2 constituye una excepción a la tesis del artículo 1346.1 según el cual los bienes y derechos de los cónyuges ostentados con anterioridad al comienzo del régimen matrimonial son privativos. Un sector doctrinal afirma que también constituye una excepción al principio de accesión económica³⁶ según el cual la naturaleza del primer plazo o desembolso determina la naturaleza del bien. Y es que algunos autores consideran que este principio, que sin duda se consagra en el artículo 1356, es el mismo que inspira y está vigente en el primer párrafo del artículo 1357. Así opina DE LOS MOZOS, considerando que en el caso de las adquisiciones a plazos del 1357 el criterio que determina la calificación privativa del bien es el primer desembolso, <<de manera que el bien será ganancial o privativo según el carácter que tenga tal aportación>>³⁷. No podemos estar de acuerdo con este razonamiento, debiendo posicionarnos con FERNÁNDEZ CANALES cuando sostiene que lo determinante es que el bien se haya comprado antes del comienzo de la sociedad, siendo indiferente el carácter que tenga que el primer desembolso. De hecho, afirma que el artículo 1357 prevé la privaticidad del bien aunque el precio aplazado haya sido satisfecho en su totalidad con dinero ganancial; en este sentido, pone el ejemplo de un cónyuge que adquiere un bien antes de haber dado comienzo este régimen económico, que la compraventa ha sido perfeccionada pero se aplaza en su totalidad el pago del precio, y éste es abonado íntegramente con dinero ganancial. Este bien seguirá siendo, pese a todo, privativo³⁸, aun cuando la primera cuota se abonó con dinero de naturaleza ganancial; por lo que el elemento decisivo no es el primer desembolso sino el momento, anterior o posterior al comienzo de la sociedad, de la perfección del contrato.

³⁵ Respectivamente, SSAP Álava, Sección 1ª, 15 de marzo de 2005 (JUR/2005/193132), Cuenca, Sección 1ª, 27 de septiembre de 2016 (JUR/2016/228022)

³⁶ GIL MEMBRADO, C.: *La vivienda familiar*, Editorial Reus, Madrid, 2013, p. 36

³⁷ DE LOS MOZOS, J. L.: "Comentario a los artículos 1355 a 1357", en M. Albadalejo y S. Díez Alabart, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XVIII, Vol. 2, Edersa, Madrid, 2005, pp. 190 - 192

³⁸ FERNÁNDEZ CANALES C.: *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Editorial Reus, Madrid, 2013, pp. 161, 162. La autora recuerda que la STS 27 de marzo de 2000 (RJ/2000/2487) ha señalado el momento de la perfección del contrato como criterio determinante para la aplicación del artículo 1357.

5.2 Cuestiones derivables de la interpretación del artículo 1357.2 del Código

Civil

Debemos recalcar que el artículo 1357.2 se refiere exclusivamente a la vivienda con carácter familiar, esto es, aquella en la que concurran las circunstancias que hemos señalado en el apartado anterior de este trabajo. Es decir, si la vivienda cuya adquisición se ha financiado con un préstamo hipotecario no constituye el hogar familiar sino tan solo una segunda residencia, ésta tendrá siempre carácter privativo, sin perjuicio del derecho de reembolso que surja a favor de la sociedad de gananciales en virtud del artículo 1358 y por las cantidades que se hayan abonado a costa del dinero ganancial y vigente el consorcio. No obstante, el precepto también es de aplicación cuando existe más de una vivienda familiar y a todas ellas³⁹. Además, no se exige que el inmueble haya sido adquirido con la intención de que fuera la vivienda familiar, sino únicamente que alcance esa condición constante la sociedad. Por lo tanto, el elemento clave que alterará el régimen de titularidad de la vivienda en sede del artículo 1357 es la decisión voluntaria de los cónyuges de constituir en ella su domicilio familiar; <<decisión que, tomada por ambos cónyuges, no podrá ser alterada unilateralmente por la voluntad exclusiva del cónyuge que la adquirió>>⁴⁰.

Ahora bien, puede ocurrir que la vivienda así adquirida no tuviese carácter familiar inicialmente pero lo adquiriera en un momento posterior, habiéndose sufragado las amortizaciones del crédito con fondos comunes hasta ese momento. Está claro que el artículo 1357.2 será de aplicación para las cuotas que resten por pagar, por haberse convertido la vivienda en domicilio habitual, pero la duda surge respecto de los plazos pagados anteriormente con dinero ganancial. Señala REBOLLEDO VARELA⁴¹ que podría interpretarse que a estos habría que aplicarles el artículo 1357.1 con su correspondiente derecho de reembolso a favor de la sociedad, por ser lo decisivo para aplicar el 1357.2 que el inmueble constituya la vivienda familiar en el momento de los pagos de la deuda hipotecaria; sin embargo, también podría aducirse que la clave sea que la vivienda haya tenido en algún

³⁹ MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, L.: “Comentario al artículo 1357”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil, Tomo VII*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 112

⁴⁰ BENAVENTE MOREDA, P.: “Familia: las adquisiciones por precio aplazado. Especial referencia a la vivienda familiar”, en G. Díez-Picazo Giménez y L. Díez-Picazo, *Derecho de familia*, Civitas, Navarra, 2012 (BIB 2012/8022)

⁴¹ REBOLLEDO VARELA, Á. L.: *op. cit.*, pp. 9606, 9607

momento el carácter de familiar. Esta última postura, recuerda, es la que ha mantenido el Tribunal Supremo al afirmar no es una excepción válida a la aplicación del artículo 1357.2 el que la vivienda se haya destinado a hogar familiar posteriormente, pues el artículo <<no se fija más que en el dato de que la vivienda sea familiar, no que se haya comprado para ese destino que, por lo tanto, puede adquirirlo posteriormente>>⁴².

Los problemas de interpretación de este artículo no acaban aquí. También podemos plantearnos qué ocurriría si la vivienda así adquirida, dotada inicialmente de carácter familiar y pagada parcialmente con patrimonio común, deja de serlo en un momento dado (pues, como hemos visto, ello depende únicamente de la voluntad de los cónyuges) y cuando aún quedan plazos por satisfacer. ¿Sería de aplicación el artículo 1357.2 a esta vivienda? La cuestión reside en si dicho precepto constituye una norma de liquidación o una norma de tráfico; si es de liquidación, habrá que atender <<a la que sea vivienda familiar en el momento de la liquidación de la sociedad, y solo a ella [a esa vivienda] se aplicará [el artículo 1357.2]>>⁴³. Entonces, si en el momento de liquidación de la sociedad de gananciales esa vivienda ya no es familiar por haberse cambiado de destino, no le será de aplicación el artículo 1357.2 y no surgirá un pro indiviso entre la sociedad y el cónyuge o cónyuges adquirentes, sino que el inmueble sería privativo (1357.1) y lo que la sociedad tendría sería un derecho de reembolso por las cantidades aportadas (1358). En apoyo de esta pretensión cita ATAZ LÓPEZ la circular de 5 junio de 1981 del Colegio Nacional de Registradores, que dice que <<si así no fuera [que lo dispuesto en el 1357.2 debe considerarse en el momento de la liquidación] se daría el absurdo de que los cambios de domicilio familiar irían convirtiendo en parcialmente ganancial todos los pisos adquiridos a plazos antes del nacimiento de la sociedad ganancial y pagados después de este nacimiento, según fueran siendo ocupados por la familia. con lo cual se desbordaría la finalidad de la reforma>>⁴⁴.

Otros autores se muestran contrarios a esta interpretación y afirman que se trata de una norma de tráfico. Así, MARTÍN MELÉNDEZ afirma que <<la regla general en sede de sociedad de gananciales (...) es que una vez que un bien ha adquirido un determinado carácter

⁴² STS 7 de junio de 1996 (RJ/1996/4826)

⁴³ ATAZ LÓPEZ, J.: *Bienes adquiridos a plazos en la sociedad de gananciales*, en Revista Jurídica de la Región de Murcia, nº6, 1987, p. 22. Es de la misma opinión BENAVENTE MOREDA, P.: *op. cit.* p. 4

⁴⁴ *Ibid.*

éste ha de permanecer; para que así no fuera, debería determinarlo la ley expresamente (...) la adquisición por la vivienda de carácter ganancial no depende solo de su destino [familiar] sino además del pago de los plazos con dinero común; es más, el destino de la vivienda tiene únicamente la función de permitir el juego del principio de subrogación real que es el que realmente determina la naturaleza ganancial de la porción de vivienda correspondiente a los plazos pagados con dinero del mismo carácter (...) una vez que ha actuado el principio de subrogación real, la vivienda será definitivamente ganancial o privativa, aunque en un momento posterior deje de ser familiar>>>⁴⁵. En resumen, una vez que se ha cumplido el supuesto de hecho del artículo 1357.2, sus consecuencias jurídicas (remisión al artículo 1354, que contiene una manifestación del principio de subrogación real) regirán para esa vivienda con independencia de que posteriormente la situación del inmueble haya cambiado. Recordemos que el principio de subrogación real se refiere al reemplazo de un bien por otro en un mismo patrimonio, con la especialidad de que el bien nuevo estará sometido a idéntico régimen que el bien antiguo. En nuestro caso, el bien “vivienda familiar” (no cualquier vivienda, sino la familiar, de lo contrario no resultaría de aplicación el artículo 1357.2) viene a ocupar el lugar que antes ocupaba el bien “dinero ganancial” (a través del pago de los plazos del préstamo para su adquisición), por lo que esta vivienda tendrá carácter ganancial en la medida de la aportación que se haya hecho con fondos de esa naturaleza; y no perderá ese carácter.

Refuerza la tesis de que constituye una norma de tráfico la ubicación del artículo en el Código, puesto que se encuentra en la sección relativa a los bienes gananciales y privativos, esto es, con los preceptos que determinan la calificación de los bienes; no en la sección quinta, dedicada específicamente a la liquidación y disolución de la sociedad de gananciales.

Siguiendo con la cuestión anterior, si sostenemos que a la vivienda que fue familiar pero perdió tal carácter se le continúa aplicando la regla del artículo 1357.2 a causa del principio de subrogación real, lo mismo se debe predicar de la segunda vivienda: es decir, el inmueble que pasa ahora a constituir la vivienda familiar. Ello, por supuesto, en el caso de que encaje en nuestro supuesto de hecho (bien adquirido por un cónyuge antes del comienzo

⁴⁵ MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T.: *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2, del Código civil*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 124, 125. Es de la misma opinión REBOLLEDO VARELA, Á. L.: *op. cit.*, p. 9608

del régimen de gananciales mediante financiación ajena y del que se siguen abonando plazos vigente la sociedad); si se trata de una vivienda adquirida una vez imperante el consorcio, el régimen aplicable será otro, como veremos más adelante.

5.3 Condominio sobre vivienda familiar y acción de división

La vivienda puede ser adquirida por uno solo de los cónyuges antes del comienzo de la sociedad o por los dos conjuntamente, con sus patrimonios privativos. En el primer caso surgirá, en consecuencia, una comunidad bilateral al haberse empleado fondos gananciales y privativos de un solo cónyuge; pero en el segundo nos encontraremos ante una comunidad trilateral, una <<situación de proindivisión triple, de tipo romano>>⁴⁶. El propio artículo 1354 contempla esta posibilidad al decir que el bien pertenecerá, además de a la sociedad, al cónyuge “o cónyuges”, expresado en plural.

Esta situación se regirá por las normas de la comunidad ordinaria de bienes, y se podrá proceder a su extinción mediante el ejercicio de la acción de división⁴⁷. Empero, estudiosos como MORALEJO IMBERNÓN o GARDEAZÁBAL DEL RÍO opinan que, en este caso, las reglas generales de la comunidad de bienes se ven alteradas por mor del artículo 1320, de manera que no se podría ejercer la acción de división sin el acuerdo de los dos cónyuges (o, en su defecto, autorización judicial) ya que dicha norma, de carácter imperativo, se refiere a cualquier acto de disposición de derechos sobre la vivienda habitual, incluidos los referidos a las cuotas de copropiedad⁴⁸. Sin embargo, no parece ser esta la postura del Tribunal Supremo, que al pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción de división de la vivienda familiar cuyo uso había sido atribuido judicialmente a uno de los cónyuges, dijo que <<el derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en el art. 400 CC que el pacto entre los condóminos y aún así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad y el Código civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una

⁴⁶ GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J.: *op. cit.*, p. 334

⁴⁷ REBOLLEDO VARELA, Á. L.: *op. cit.*, p. 9604

⁴⁸ MORALEJO IMBERNÓN, N.: “Comentario al artículo 1320”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9328, 9329; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J.: *op. cit.*, p. 334

naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable. Y por ello también debe aceptarse la acción de división ejercitada por la ahora recurrente (...) sin embargo, no puede admitirse que la acción de división extinga el derecho de uso atribuido al marido copropietario>>⁴⁹. Es decir, en este caso, en el que también hay una limitación a las facultades de disposición del propietario (aunque no deriva del artículo 1320 sino del artículo 96 y de la sentencia judicial que atribuyó el uso), el Alto Tribunal entiende que aún así se debe permitir la acción de división esgrimiendo los argumentos antes citados.

Además, el artículo 405 especifica que la división de cosa común no perjudicará a terceros, que conservarán los derechos de hipoteca. Así lo recuerda la Sala de lo Civil al pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción de división de un inmueble gravado con hipoteca, adquirido antes del matrimonio de los litigantes y que les pertenece en proindiviso a los adquirentes privativamente y a la sociedad de gananciales: <<la hipoteca subsiste de acuerdo con lo que dispone el art. 405 CC y la división de la finca no altera el crédito hipotecario, debiendo aplicarse el art. 123 LH (...) la división de la cosa común no perjudica al tercero (...) no se produce una novación porque el deudor se mantiene>>⁵⁰.

5.4 Inscripción en el Registro de la Propiedad

Antes de comenzar a hablar de las peculiaridades de la inscripción del proindiviso sobre la vivienda conyugal en el Registro de la Propiedad, debemos mencionar el hecho relevante de que éste no contempla la posibilidad de dejar constancia específica y directa del carácter familiar de los inmuebles que en él se inscriben, probablemente por tratarse de una circunstancia de hecho y fácilmente variable⁵¹.

El artículo 91.2 del Reglamento Hipotecario informa sobre los efectos en la inscripción cuando la vivienda es comprada antes del comienzo de la sociedad de gananciales y destinada después a vivienda habitual: *el posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la*

⁴⁹ STS 27 de febrero de 2012 (RJ/2012/3383)

⁵⁰ STS 22 de febrero de 2012 (RJ/2012/5286)

⁵¹ ELORRIAGA DE BONIS, F.: *op. cit.*, p. 421

inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado. Es decir, la titularidad registral no cambiará porque se haya decidido destinar el inmueble a hogar familiar, sino que éste seguirá inscrito a nombre del que lo adquirió antes de comenzar la sociedad de gananciales. Esta solución parece obvia si tenemos en cuenta que el carácter familiar o no de una vivienda depende de unas circunstancias, como la habitualidad en el uso, que son cambiantes y alterables; o lo que es lo mismo, <<son datos de puro hecho a los que no puede extenderse la fe pública registral>>⁵².

Sin embargo, continúa diciendo que el carácter ganancial o la parte ganancial de la vivienda quedarán determinados mediante notas marginales; así pues, este asiento servirá para dejar constancia tanto de la naturaleza del dinero empleado en los pagos, como de la cuota de vivienda cuya titularidad ha cambiado con respecto a la inscripción inicial⁵³. De esta forma, las notas marginales cumplen también una importante función de protección de la familia, pues informan de manera indirecta del carácter familiar de la vivienda en cuestión: al especificarse en ellas el carácter ganancial o privativo del dinero empleado para su pago, indicará que se trata de la vivienda habitual, por lo que un hipotético adquirente no podría alegar el desconocimiento de la naturaleza familiar del inmueble⁵⁴.

Como vemos, el artículo 91.2 entra en juego cuando el precio aplazado o las amortizaciones del préstamo todavía se están pagando y no se puede determinar con exactitud las cuotas de titularidad sobre la vivienda. Una vez que la obligación haya sido enteramente satisfecha y se pueda fijar de manera definitiva la titularidad del inmueble (o cuando, aun restando plazos por pagar, se proceda a transmitir la vivienda o a liquidar la sociedad de gananciales⁵⁵) es cuando el artículo 91.3 adquiere eficacia. Dice así: *la determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del artículo 1.357.2 del Código Civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal.* De no haberse amortizado el préstamo en su totalidad, difícilmente podrán distribuirse las cuotas entre los cónyuges y la sociedad pues

⁵² ATAZ LÓPEZ, J.: *op. cit.*, p. 23

⁵³ FERNÁNDEZ CANALES, C.: *op. cit.*, p. 181

⁵⁴ ELORRIAGA DE BONIS, F.: *op. cit.*, p. 429

⁵⁵ FERNÁNDEZ CANALES, C.: *op. cit.*, p. 181

sería una operación provisional; solo cuando se haya satisfecho en su totalidad el precio o los plazos del préstamo podrá fijarse definitivamente la titularidad sobre la vivienda y, por tanto, la cuota ganancial a la que alude el precepto.

Respecto a la eficacia de estas notas marginales, MARTÍN MELÉNDEZ considera que éstas tendrían efectos reales, es decir, que desde el preciso momento en que se hace constar que ciertos plazos han sido pagados con dinero ganancial se le está atribuyendo a la vivienda un carácter parcialmente ganancial. No obstante, ella misma reconoce que la doctrina mayoritaria disiente de esa interpretación y considera que solamente la nota marginal a la que se refiere el artículo 91.3 tiene efectos reales; las del segundo párrafo únicamente servirían para informar de la existencia de un derecho de crédito a favor de la sociedad por los fondos desembolsados, pero no alterarían el carácter privativo del inmueble sino que pondrían de manifiesto que un cónyuge es deudor de la sociedad por esas cantidades⁵⁶. La civilista lo refuta recordando que el artículo 91.2 está íntimamente relacionado con el artículo 1357.2 del Código Civil, no pudiendo entenderse el uno sin el otro. Por lo tanto, si el precepto del Código no establece el nacimiento de un derecho de reembolso sino el nacimiento de un proindiviso, <<lo coherente será que la constancia del pago con dinero común informe de la existencia de dicho proindiviso>>⁵⁷. Lo contrario sería, añade, desvincular la norma adjetiva (artículo 91.2 del Reglamento) de la norma sustantiva (artículo 1357.2).

En momentos anteriores de este trabajo hemos señalado la posibilidad de que sobre la vivienda familiar se constituya una comunidad trilateral. Imaginemos el caso de que, una vez vigente el régimen ganancial, se desembolse tanto dinero ganancial como dinero privativo del cónyuge no adquirente; el Reglamento Hipotecario no hace mención a la cuota indivisa de este cónyuge no comprador. No obstante, ello no implica que esté excluyendo la posibilidad de que exista, sino que únicamente alude a la cuota indivisa de carácter ganancial porque ésta requiere del consentimiento de ambos cónyuges para su inscripción⁵⁸; es decir, para enfatizar esta formalidad.

⁵⁶ MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T.: *op. cit.*, pp. 132-134

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 136, 137

⁵⁸ FERNÁNDEZ CANALES, C.: *op. cit.*, p. 182

Llegado el momento de dejar constancia registral de la titularidad definitiva de la vivienda, parece que la nota marginal que fije la cuota ganancial, conforme al artículo 91.3, sería insuficiente. MARTÍN MELÉNDEZ apunta a este problema afirmando que esa nota debería especificar todas las cuotas de titularidad sobre la vivienda, no solo la ganancial; y para ello pone el ejemplo del inmueble adquirido antes de la sociedad por ambos cónyuges con sendos patrimonios privativos. No bastaría con restar la cuota ganancial para conocer cómo queda distribuida la titularidad entre los cónyuges adquirentes⁵⁹.

Finalmente, la determinación definitiva de las cuotas requiere, como indica el precepto, de acuerdo entre los cónyuges. Dicho acuerdo deberá constar en acta notarial aunque, a falta del mismo, podrán quedar determinadas en virtud de resolución judicial supletoria (aunque el artículo no haga mención a esta posibilidad)⁶⁰.

⁵⁹ MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T.: *op. cit.*, pp. 150, 151

⁶⁰ *Ibid.*, p. 153

6. ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR MEDIANTE PRÉSTAMO GARANTIZADO CON HIPOTECA CONSTANTE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Si hemos dedicado el apartado anterior al estudio de las adquisiciones de vivienda familiar financiadas a través de un préstamo hipotecario y realizadas antes del comienzo de la sociedad de gananciales, en este estudiaremos ese mismo supuesto cuando la compraventa se efectúa ya vigente dicho régimen económico-matrimonial. En estos casos, nos podemos encontrar con tres escenarios distintos: que la adquisición se practique por uno solo de los cónyuges; conjuntamente por ambos cónyuges; o por uno solo sin el consentimiento del otro.

A la tercera hipótesis que referimos, la de la adquisición por un esposo sin el consentimiento del otro, apenas haremos una referencia abreviada, pues consideramos que sería atípico e improbable que el bien adquirido de esta manera fuese precisamente la vivienda familiar: el elevado precio y la propia naturaleza y fines de la vivienda familiar exigen una cierta aquiescencia entre los cónyuges para su adquisición. Así pues, simplemente dejaremos anotado que el artículo 1370 del Código Civil regula los supuestos de adquisición de un bien ganancial por precio aplazado por un cónyuge sin el consentimiento del otro, y establece un régimen de responsabilidad al respecto.

De nuevo nos encontraremos con que las normas hablan de compraventa a plazos, como ocurría en el régimen del artículo 1357.2. En lo que a nosotros nos interesa, MORALEJO IMBERNÓN señala que debemos igualmente equiparar, por analogía, el pago de las amortizaciones del crédito hipotecario con los pagos de la compraventa a plazos⁶¹; incluso el propio Tribunal Supremo, respecto a un supuesto de esta naturaleza, dice que <<la obligación de pagar el precio aplazado confluye con la de pagar los plazos del crédito hipotecario>>⁶². Así pues, las normas referidas a la compraventa a plazos serán de igual aplicación en el caso de adquisiciones al contado de la vivienda a través de la contratación de un préstamo hipotecario vigente la sociedad de gananciales.

⁶¹ MORALEJO IMBERNÓN, N.: "Comentario al artículo 1356", en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 1620. También, *cfr.* la citada STS 31 de octubre de 1989

⁶² STS 20 de junio de 2008 (RJ/2008/4262)

6.1 Adquisición por uno solo de los cónyuges. La regla de la accesión económica del artículo 1356 del Código Civil

Cuando la vivienda ha sido adquirida por uno solo de los cónyuges nos situamos en el ámbito del artículo 1356 del Código Civil, que regula las adquisiciones de bienes por precio aplazado y constante la sociedad. Así, en el ámbito de aplicación del precepto, la naturaleza del bien vendrá determinada por la naturaleza que tuviera el primer desembolso: si éste fue a costa del caudal ganancial, el bien tendrá idéntico carácter, y viceversa. Será irrelevante a efectos de calificación de la vivienda el carácter que tengan los plazos restantes: lo determinante es la condición del primer plazo. Es lo que se conoce como principio de accesión económica⁶³, que opera como una excepción al principio de subrogación real, según el cual el carácter del bien quedaría determinado por los fondos utilizados para su adquisición⁶⁴.

No obstante, debemos tener en cuenta el contenido del artículo 1347.3 y la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1361. El primero dice que los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se adquieran para la comunidad o para uno solo de los cónyuges, tendrán carácter ganancial; y el segundo establece que se presumirán gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se demuestre que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges. Por lo tanto, y como consecuencia de ello, la regla general en sede del artículo 1356 será que el bien adquirido tiene carácter ganancial, pues se presume que los fondos utilizados por el cónyuge comprador son de naturaleza ganancial; si éste afirma que el primer plazo fue abonado con su dinero privativo, deberá destruir esta presunción acreditando debidamente el carácter privativo del primer desembolso⁶⁵.

El Tribunal Supremo requiere que, para desplazar la presunción legal que favorece el carácter común de los bienes del matrimonio, se presente prueba expresa de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges⁶⁶. Por lo tanto, y puesto que este primer desembolso

⁶³ DE LOS MOZOS, J. L.: *op. cit.*

⁶⁴ BENAVENTE MOREDA, P.: *op. cit.*, p. 5

⁶⁵ REBOLLEDO VARELA, Á. L.: "Comentario al artículo 1356", en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9595

⁶⁶ STS 24 de noviembre de 1960 (RJ/1960/3761)

privativo determinaría la propiedad privativa de la vivienda, se requiere una prueba expresa del mismo que deberá ser, por lo general, documental y pública⁶⁷, <<ya que trata de contrarrestar una presunción legal, fuerte y vigorosa, contra la cual son ineficaces las presunciones de signo adverso>>⁶⁸.

Una de las ventajas que presenta la regla de la accesión consagrada en el artículo es que la vivienda quedará calificada desde el mismo momento en el que se efectúa su adquisición, al contrario de lo que ocurre cuando es comprada antes de la sociedad, destinada a hogar familiar constante la misma y pagada en parte con dinero privativo del cónyuge adquirente y dinero ganancial. En el ámbito del 1356, la inoperancia del principio de subrogación real del artículo 1354 supone que <<desde el instante del primer pago se conoce la afección del bien al patrimonio ganancial o a uno de los privativos, con lo que se refuerza la seguridad jurídica y se mantiene el principio de atribuir a los bienes un carácter u otro desde el momento mismo de su adquisición>>⁶⁹; mientras que en los supuestos anteriores, como hemos visto, las cuotas del proindiviso permanecían indeterminadas hasta el momento del cumplimiento íntegro de la obligación.

De hecho, esta adjetivación inicial no se ve alterada ni en los supuestos en que en el contrato de compraventa a plazos se haya incluido una reserva de dominio (recordemos que esta figura consiste en un pacto en virtud del cual el propietario se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta que no haya sido satisfecha la totalidad del precio) y la sociedad sea disuelta antes de completar la adquisición. En vista de la regla de la accesión consagrada en el artículo, si la primera cuota que se satisfizo fue ganancial, ese será el carácter de la vivienda cuando se adquiera. No impide la aplicación del precepto, como así ha entendido el Tribunal Supremo, ni la vigencia de una nueva sociedad de gananciales ni que parte de las cuotas hayan sido amortizadas con cargo a un patrimonio diferente, afirmando que <<los inmuebles se adquirieron por la primera sociedad de gananciales y, en consecuencia, a ella pertenecen, aunque la adquisición se realizase con pacto de reserva de dominio, sin perjuicio de que tal sociedad haya de abonar los créditos contra ella subsistentes por los desembolsos realizados para su adquisición>>⁷⁰.

⁶⁷ STS 27 de mayo de 2005 (RJ/2005/5760)

⁶⁸ LÓPEZ LIZ, J.: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*, en Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 48

⁶⁹ ATAZ LÓPEZ, J.: *op. cit.*, p. 16

⁷⁰ STS 12 de marzo de 1993 (RJ/1993/1794)

La operatividad de la accesión económica del artículo 1356 para calificar la vivienda adquirida es independiente de la cuantía, exigua o abundante, del primer desembolso y su relación con el valor total⁷¹. No obstante, la doctrina señala que la meridiana claridad de la norma entraña un peligro de fraude; así, LACRUZ afirma que <<un cónyuge puede comprar una cosa y hacerla propia mediante una entrega mínima simbólica y dejar el resto del precio a cargo de la comunidad>>⁷². En estos casos, debemos acudir al remedio contenido en el artículo 1390, que señala que el cónyuge que, como consecuencia de sus actos de administración o disposición hubiese ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor de la misma por este perjuicio (se considera que este precepto no queda limitado a la administración o disposición en sentido estricto, sino que opera también en los supuestos de adquisición de bienes)⁷³. De esta forma, si un cónyuge fuerza la privaticidad de la vivienda aportando fondos privativos en el primer desembolso en una cantidad mínima respecto de la totalidad del precio podremos acudir al artículo 1390, <<e incluso cabría pensar en la propia calificación del bien como ganancial si se aprecia la existencia de un fraude de ley (art. 6.4 CC)>>⁷⁴.

Debemos situarnos también en el escenario de que el patrimonio que aporta los fondos para el pago de los plazos o las cuotas hipotecarias restantes sea diferente de aquel que abonó la primera cuota. Por ejemplo, el primer plazo es amortizado con dinero ganancial, pero todos o varios de los siguientes son satisfechos con dinero privativo de uno de los cónyuges. La propiedad de la vivienda no se ve alterada por este hecho (en nuestro ejemplo se mantendría la ganancialidad), pero sí surge un derecho de reintegro o reembolso en favor de esta masa patrimonial, recogido en el artículo 1358 del Código; este reembolso tendrá por objeto el valor actualizado de las cantidades destinadas por el cónyuge o la sociedad de gananciales⁷⁵.

⁷¹ ATAZ LÓPEZ, J.: *op. cit.*, p. 15

⁷² Como se cita en DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 190 - 192

⁷³ REBOLLEDO VARELA, Á. L.: "Comentario al artículo 1390", en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9798

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ MORALEJO IMBERNÓN, N.: *op. cit.*, p. 1620

Respecto al momento de la exigibilidad del reintegro, de la dicción literal del 1358 se infiere que el abono de la deuda deberá hacerse en el momento de liquidación del régimen económico. No obstante, la discusión estriba en si el acreedor puede o no exigir el reembolso durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Algunos autores afirman que nada impediría una reclamación anterior a la extinción de la sociedad, aunque dicha conducta pudiera ser contraria a la buena fe entre los esposos⁷⁶; mientras que otros sostienen que, en sintonía con el artículo 1403, los reintegros únicamente se podrán exigir en el momento de la liquidación y una vez satisfechas las deudas y cargas de la sociedad (por supuesto, ello no obsta para que el reembolso pueda ser abonado con anterioridad por propia voluntad de los cónyuges; pero hablamos de exigibilidad)⁷⁷.

Otra cuestión que se suscita es lo que ocurriría si, para el pago de la primera cuota del préstamo hipotecario, se emplease dinero procedente tanto del patrimonio ganancial como del patrimonio privativo de uno o ambos cónyuges. Parece que, en estos casos, habría que aplicar el artículo 1354 en relación con el 1356; es decir, combinar la regla del proindiviso con la de la accesión económica. De esta forma, el bien pertenecería a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción a la aportación respectiva de cada uno en el primer desembolso, que será el que determine la calificación del bien. Por ejemplo, si el primer plazo es satisfecho por mitad con dinero ganancial y dinero privativo de un cónyuge, la vivienda pertenecerá en régimen de proindiviso o comunidad de bienes a la sociedad y al cónyuge, pues lo determinante para la calificación sería la naturaleza del caudal con que se abona el primer desembolso; pero sin perjuicio de que opere plenamente el artículo 1358 en relación al derecho de crédito por el valor satisfecho de los restantes plazos⁷⁸. No obstante, si así lo desean, podrán los cónyuges de mutuo acuerdo alterar estas cuotas ganancial y privativa en atención a la naturaleza de los pagos que se realicen posteriormente⁷⁹; pero, en defecto de acuerdo, este será el régimen rector.

⁷⁶ MORALEJO IMBERNÓN, N.: "Comentario al artículo 1358", en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 1627

⁷⁷ REBOLLEDO VARELA, Á. L.: "Comentario al artículo 1358", en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9611

⁷⁸ ATAZ LÓPEZ, J.: *op. cit.*, p. 22; DE LOS MOZOS, J. L.: *op. cit.*, pp. 190 - 192

⁷⁹ REBOLLEDO VARELA, Á. L.: "Comentario al artículo 1356" en *op. cit.*, p. 9598

La doctrina se ha preguntado también por la situación en la que, adquiriéndose a plazos o mediante un préstamo hipotecario la vivienda familiar, el primer plazo que se abone sea de naturaleza privativa, y así se acredite destruyendo la presunción de ganancialidad antes mencionada. Se trata de dilucidar si, por ser la vivienda familiar un bien merecedor de especial protección, debemos atenernos a la interpretación literal del artículo 1356 (en cuyo caso la misma sería privativa, a salvo el eventual reembolso) o bien aplicar por analogía el régimen del artículo 1357.2, anteriormente explicado, pero en cuyo ámbito de aplicación literal no encajaría este supuesto. La posición doctrinal no es unánime a este respecto. Por un lado hay quienes defienden la estricta aplicabilidad de los artículos 1356 y 1357.2 en sus respectivos ámbitos, frente a aquellos que consideran que a estas adquisiciones les será de aplicación el artículo 1357.2, pues de lo contrario se daría la situación de que la vivienda familiar gozaría de una mayor protección cuando es adquirida antes de la sociedad de gananciales que vigente la misma⁸⁰.

Siguiendo con las cuestiones derivables de la interpretación del artículo 1356 podríamos preguntarnos también cuál sería la naturaleza de la vivienda en los supuestos en que el precio ha sido totalmente aplazado, es decir, durante el período comprendido entre la fecha de la compraventa y la fecha del primer desembolso. Hay dos tesis al respecto. Por un lado, algunos autores defienden la “naturaleza transitoria” del bien en ese ínterin: el comprador manifiesta al vendedor que pagará con fondos de carácter ganancial o de carácter privativo, y si el vendedor aprueba esa declaración, ese será el carácter de la vivienda hasta que se realice el primer pago y se pueda contrastar la declaración con la realidad fáctica. Y, por otra parte, hay quienes apuestan por la “naturaleza indeterminada” del bien hasta que se abone el primer plazo⁸¹.

Finalmente, hemos de estudiar el acceso al Registro de la Propiedad de la vivienda así adquirida. Siguiendo a BENAVENTE MOREDA, nos podemos encontrar con dos escenarios, partiendo siempre de que el inmueble es adquirido por uno solo de los cónyuges, como presupuesta el 1356: que el bien haya sido adquirido para la sociedad de gananciales, o que el bien haya sido adquirido sin expresar que es para la sociedad o expresando que la

⁸⁰ BENAVENTE MOREDA, P.: *op. cit.*; REBOLLEDO VARELA, Á. L.: *Ibid.*, pp. 9599, 9600

⁸¹ MORALES IMBERNÓN, N.: “Comentario al artículo 1356”, en *op. cit.*, p. 1620

adquisición se hace con fondos privativos pero sin acreditar fehacientemente la privaticidad del dinero empleado para el pago del primer plazo⁸².

En el primer caso, el artículo 93.4 del Reglamento Hipotecario indica que se inscribirá a nombre del cónyuge adquirente <<con esa indicación>>, es decir, dejando constancia del carácter ganancial del bien. En la segunda hipótesis, el artículo 94.1 establece que deberá inscribirse el bien <<con carácter presuntivamente ganancial>>. Esto es, como hemos visto, el bien se presume ganancial mientras no se destruya esa presunción, y de la misma forma se inscribe. Así entiende la DGRN que se debe proceder. Afirma que <<la carga de probar, por tanto, la privaticidad (...) ha pesado sobre éste [el marido] y, desde su muerte, sobre sus herederos y, en su caso, sobre los herederos de los herederos. No consta, sin embargo, que ninguno de los citados haya cumplido con tal probanza (...) en consecuencia, la más elemental lógica jurídica conduce ineludiblemente a tenerlo por tal [por ganancial]>>⁸³.

6.2 Adquisición conjunta por ambos cónyuges. Breve estudio de la atribución voluntaria de ganancialidad

La adquisición conjunta de la vivienda por ambos cónyuges constante la sociedad de gananciales puede revestir distintas modalidades: que se haga con cargo al caudal común; que se haga atribuyendo al bien la condición de ganancial; o se haga sin atribución de cuotas⁸⁴.

En el primero de los casos, el bien adquirido conjuntamente a costa del caudal común será ganancial como consecuencia de la regla del artículo 1347.3. Por “a costa del caudal común” debemos entender que el dinero sea de la comunidad ganancial y no de ambos esposos⁸⁵. Será indiferente quien aparezca como titular de la vivienda, pues el mismo precepto contempla la posibilidad de que la compra se haga para la sociedad de gananciales o para uno solo de los cónyuges sin menoscabo alguno de su ganancialidad, siendo lo determinante la naturaleza común de los fondos empleados.

⁸² BENAVENTE MOREDA, P.: *Inscripción de bienes gananciales y privativos en el Registro de la Propiedad. Análisis de la jurisprudencia de la DGRN*, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº21, 2010-I, pp. 239, 240

⁸³ RDGRN 9 de marzo de 2005 (RJ/2005/1961)

⁸⁴ LÓPEZ LIZ, J.: *op. cit.*, pp. 26-31

⁸⁵ *Ibid.*, p. 26

Los siguientes supuestos nos conducen, ambos, al régimen del artículo 1355 del Código Civil.

El párrafo primero del artículo 1355 indica que los cónyuges, de mutuo acuerdo, podrán atribuir a un bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio la condición de ganancial, independientemente de la procedencia del dinero con que se satisfaga el precio y la forma o plazos del pago; es decir, podrán, mediante su declaración de voluntad, convertir en ganancial a un bien que, sin esa declaración, hubiese sido considerado privativo o parcialmente privativo. Es una excepción al principio de subrogación real: <<el pacto de atribución de ganancialidad va a suponer una modificación de la naturaleza que le correspondería al bien por aplicación del principio de subrogación real, de manera que dicho bien, en lugar de ingresar en la masa privativa del cónyuge aportante de los fondos, pasará a engrosar el patrimonio ganancial>>⁸⁶.

Conviene recalcar que el precepto exige el mutuo acuerdo como presupuesto para su aplicación, por lo que en ningún caso un cónyuge podrá unilateralmente hacer uso de la atribución de ganancialidad. Ahora bien, el artículo 1355 exige que la atribución sea realizada por ambos cónyuges, pero no así el negocio de adquisición, por lo que es posible que uno solo de ellos adquiera la vivienda y exprese simultáneamente su voluntad de darle carácter ganancial, voluntad ratificada y consentida por el otro cónyuge⁸⁷.

Recordemos que, conforme al artículo 1346, los bienes adquiridos a título gratuito (por ejemplo, procedentes de una herencia, legado o donación) serán privativos del cónyuge adquirente. La doctrina se ha preguntado si estos bienes podrían obtener la calificación de gananciales por medio de la atribución expresa que prevé el artículo 1355.1, a pesar de que en su tenor literal dicho precepto establece como requisito la onerosidad. Un sector opina que sí, esgrimiendo que la atribución de ganancialidad del 1355.1 forma parte de la libertad de contratación y de transmisión consagrada en el artículo 1323, por medio de la cual los cónyuges podrán transmitirse toda clase de bienes y derechos entre sí. Otros, sin embargo,

⁸⁶ GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, en Editorial Dykinson, Madrid, 2002, p. 189

⁸⁷ REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “Comentario al artículo 1355”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 9585

aluden a la literalidad del artículo para excluir esta posibilidad, así como el respeto a la voluntad del donante o testador⁸⁸.

Estas mismas posturas son trasladables a otra cuestión controvertida: la pregunta sobre si la atribución de ganancialidad se puede realizar en un momento posterior al negocio de adquisición; o lo que es lo mismo, si es posible destruir la privaticidad de un bien ya integrado en el patrimonio de uno de los cónyuges por medio de este acuerdo de ganancialidad. Las posiciones doctrinales antes expuestas, como hemos dicho, son prácticamente extrapolables: por un lado se encuentra la tesis de la libertad de contratación entre cónyuges frente a los que defienden que dicha operación excede del ámbito del artículo 1355 y requeriría de negocios jurídicos específicos que consigan el desplazamiento patrimonial del inmueble⁸⁹.

Su concordancia registral podemos encontrarla en el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario, que afirma que se inscribirán con carácter ganancial los bienes adquiridos a los que se les atribuya de común acuerdo tal condición ganancial.

Finalmente, el segundo supuesto que hemos mencionado se refiere a la adquisición conjunta por ambos cónyuges sin atribución de cuotas, para lo que debemos estar a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1355. En estos casos, se presumirá la intención favorable de los cónyuges a la calificación ganancial del bien. Es decir, lo que contiene este precepto es un supuesto de atribución tácita o presunta de ganancialidad⁹⁰, que tendrá los mismos efectos que la atribución expresa.

De acuerdo con LÓPEZ LIZ, son tres los requisitos que deben concurrir en la atribución tácita de ganancialidad: que la adquisición sea conjunta; que no haya atribución de cuotas, es decir, que en el título no se exprese la cuota o el aporte de cada cónyuge; y el silencio respecto al carácter del bien adquirido⁹¹. Por lo general, este silencio se debe a que la

⁸⁸ GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: *op. cit.*, pp. 184-187

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 192-195

⁹⁰ REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “Comentario al artículo 1355”, en *op. cit.*, p. 9587

⁹¹ LÓPEZ LIZ, J.: *op. cit.*, pp. 29, 30

compra se ha realizado total o parcialmente con dinero privativo, pues de lo contrario el bien sería ganancial de por sí sin necesidad de recurrir al artículo 1355.

Cuando la vivienda ha sido objeto de atribución tácita de ganancialidad, surge la duda de qué ocurriría si, posteriormente, uno de los cónyuges demuestra que los fondos utilizados para su adquisición eran total o parcialmente privativos, y pretende que el inmueble sea calificado en consecuencia. Algunos autores consideran la demostración de los fondos privativos no es suficiente para desvirtuar la presunción del artículo 1355.2. En justificación, afirman que en la atribución tácita de ganancialidad conviven dos presunciones: una de que la adquisición se ha realizado con dinero ganancial y otra de que había un acuerdo o voluntad común de los cónyuges de atribuirle carácter ganancial al bien adquirido. Por lo tanto, el hecho de haber empleado fondos privativos en la adquisición únicamente destruiría la primera presunción, pero no la segunda, por lo que el bien mantendría su ganancialidad⁹².

El Tribunal Supremo ha venido manteniendo criterios distintos sobre este asunto. En un principio, afirmó que el artículo 1355 era simplemente un reflejo de la autonomía privada de los esposos, pero que no tenía carácter imperativo, añadiendo que <<la presunción de (...) reputar gananciales los bienes que se adquieren en forma conjunta y sin atribución de cuotas es de naturaleza “iuris tantum”, y por ello puede enervarse mediante prueba acreditativa de la voluntad contraria de los cónyuges otorgantes, como aquí ha sucedido>>⁹³. Así pues, admitía que la demostración de la naturaleza privativa de los fondos utilizados en la adquisición de la vivienda familiar era prueba suficiente para destruir la atribución de ganancialidad del artículo 1355.2. La doctrina criticó esta resolución, afirmando que dejaba prácticamente vacío de contenido el artículo, pues al no haber un pacto expreso de atribución sino uno tácito (otorgado en virtud del silencio sobre el carácter del bien), el hecho de que se pueda destruir demostrando el carácter privativo de los fondos nos situaba más bien en el ámbito de la presunción general de ganancialidad del artículo 1361 y dejaría sin efectos reales a la atribución tácita del 1355.2⁹⁴.

⁹² GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: *op. cit.*, p. 230

⁹³ STS 29 de septiembre de 1997 (RJ/1997/6825)

⁹⁴ GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: *op. cit.*, p. 230; REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “Comentario al artículo 1355”, en *op. cit.*, pp. 9589, 9590

Sin embargo, recientemente, el Alto Tribunal se ha pronunciado en sentido contrario. En una sentencia del Pleno afirma rotundamente que <<frente a la atribución de ganancialidad realizada de forma voluntaria por los cónyuges, la prueba posterior del carácter privativo del dinero invertido sería irrelevante a efectos de alterar la naturaleza del bien, que ha quedado fijada por la declaración de voluntad de los cónyuges>>⁹⁵.

Respecto al acceso al Registro, el artículo 93.1 del Reglamento Hipotecario resuelve que los bienes así adquiridos se inscribirán a nombre de los cónyuges y con carácter ganancial.

Por último, debemos dirimir la cuestión de si la atribución de ganancialidad acarrea o no el surgimiento de un derecho de reembolso. Como bien apunta REBOLLEDO VARELA, tendremos que situarnos en primer lugar en el escenario de que la vivienda hubiese sido privativa o parcialmente privativa de no ser por la atribución de ganancialidad del 1355; pues de lo contrario, si desde el principio hubiese sido ganancial conforme a las reglas generales, no podría surgir ningún derecho de crédito⁹⁶. Así pues, cabe considerar dos posibilidades: una, que se estime que salvo que se pacte expresamente la existencia de un derecho de reembolso, éste no surgirá y estaremos ante una donación que supondrá un empobrecimiento del cónyuge aportante proporcional al enriquecimiento de la sociedad de gananciales⁹⁷; y dos, que ha habido un desplazamiento patrimonial y debe surgir el derecho de reintegro para garantizar el principio de equilibrio entre patrimonios que rige en la sociedad de gananciales, evitando que uno de ellos se enriquezca a costa de los otros⁹⁸.

Este último criterio es precisamente uno de los que utiliza el Tribunal Supremo cuando confirma el nacimiento del derecho de reembolso⁹⁹: <<en nuestro ordenamiento, la donación no se presume, por lo que el reembolso que prevé el art. 1358 CC para equilibrar los desplazamientos entre las masas patrimoniales procede siempre que no se excluya expresamente>>, añadiendo que la atribución de ganancialidad convierte al bien en

⁹⁵ STS 27 de mayo de 2019 (JUR/2019/175361)

⁹⁶ REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “Comentario al artículo 1355”, en *op. cit.*, p. 9590

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: *op. cit.*, pp. 206-208

⁹⁹ STS 27 de mayo de 2019 (JUR/2019/175361)

ganancial, pero no al dinero empleado en la adquisición del bien, por lo que efectivamente surgirá un derecho de crédito a favor del cónyuge aportante de fondos privativos si así los acredita. Además, el derecho de reembolso surgirá automáticamente, <<aunque no se haya hecho reserva alguna en el momento de la adquisición>>; salvo, como hemos visto, que sea específicamente excluido por voluntad de los cónyuges.

7. PAGO DE LAS CUOTAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO QUE GRAVA LA VIVIENDA FAMILIAR EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL

Vigente la sociedad de gananciales y en situaciones de normalidad matrimonial, la amortización de las cuotas del préstamo hipotecario se realiza de la forma que los cónyuges hayan convenido, generalmente a partes iguales o de manera proporcional a sus recursos económicos, sin que sea posible plantear ninguna acción de reembolso cuando la deuda se satisfaga con dinero ganancial¹⁰⁰. No obstante, el período de tiempo que normalmente se pacta para la amortización del préstamo es muy largo, lo que conlleva que, una vez producida la crisis conyugal, resten todavía plazos pendientes por pagar.

7.1 Consideración o no como carga del matrimonio e imputación del pago de las cuotas

El Código Civil establece, en sus artículos 90 y 91, que los cónyuges tienen la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio en los casos de separación, nulidad o divorcio¹⁰¹. Ahora bien, ningún precepto enumera ni define el concepto de cargas del matrimonio; de hecho, el Tribunal Supremo se refiere al mismo como un <<concepto abierto que por ello mismo ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia>>¹⁰².

Esta indeterminación ha sido objeto de estudio por la doctrina. La mayoría pone este término en relación con el artículo 1362.1 que, al hablar de las obligaciones que corren a cargo de la sociedad de gananciales, se refiere al “sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas al uso y circunstancias de la familia”; en esto consistirían las cargas del matrimonio. Frente a esta postura se encuentran otras dos. Una de ellas amplía el contenido del término incluyendo todos los gastos a los que hace referencia el artículo 1362, y la otra considera que las cargas del matrimonio coinciden con la “potestad doméstica” del artículo 1319, es decir, las

¹⁰⁰ BERROCAL LANZAROT, A. I.: *op. cit.*, p. 1978

¹⁰¹ Artículo 90: *el convenio regulador (...) deberá contener, al menos (...) d) la contribución a las cargas del matrimonio*

Artículo 91: *el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará (...) las medidas (...) en relación con (...) las cargas del matrimonio*

¹⁰² STS 28 de marzo de 2011 (RJ/2011/939)

necesidades ordinarias de la familia¹⁰³. MORENO MOZO acaba por definir las como <<aquellas necesidades materiales (en el sentido de que su satisfacción es susceptible de valoración económica) del grupo familiar, formado por los cónyuges e hijos convivientes -comunes o unilaterales-, sobre las que el citado grupo tiene el deber legal de satisfacerlas o levantarlas>>¹⁰⁴.

El asunto del concepto de las cargas del matrimonio es relevante a la hora de determinar si los pagos del préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar pueden o no incluirse en este régimen. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas sentencias al hilo de esta cuestión. Así, según su doctrina, <<el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362.2 CC y no constituye una carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 CC>>¹⁰⁵. Afirma la sentencia que, al haber sido la deuda contraída por ambos cónyuges en su beneficio, corresponderá a ambos satisfacerla por mitad. De esta forma, el pago del préstamo hipotecario queda fuera del conjunto de las cargas matrimoniales por afectar al aspecto patrimonial de las relaciones entre los cónyuges, es decir, al ámbito de las obligaciones patrimoniales asumidas constante el matrimonio y que subsisten hasta la liquidación de la sociedad de gananciales¹⁰⁶. No es una deuda derivada del hecho matrimonial, sino de un contrato celebrado por los cónyuges con un tercero que es indiferente a ese hecho.

Así pues, cuando la vivienda familiar ha sido adquirida mediante préstamo garantizado con hipoteca por ambos cónyuges constante la sociedad de gananciales (o cuando se ha constituido una hipoteca sobre ese inmueble), la respuesta es clara: se trata de una deuda de la sociedad, no una carga del matrimonio, y en consecuencia es deber de los cónyuges pagar las cuotas por mitad o, en todo caso, de forma proporcional a su participación

¹⁰³ VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M^a C.: *Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio*, en Revista de Derecho Patrimonial, núm. 27/2011, parte Jurisprudencia, p. 5 (BIB 2011/1270)

¹⁰⁴ MORENO MOZO, F.: *Cargas del matrimonio y alimentos*, Colección Estudios de Derecho Privado, Editorial Comares, Granada, 2008, pp. 39, 40

¹⁰⁵ STS 28 de marzo de 2011 (RJ/2011/939)

¹⁰⁶ SAP Tenerife, Sección 1^a, 13 de febrero de 1998 (AC/1998/421)

¹⁰⁷. Sin embargo, ¿qué ocurriría si el préstamo hubiese sido contratado y la vivienda adquirida por un solo cónyuge antes de contraer matrimonio? La Sala de lo Civil, en lógica armonía con su doctrina, afirma que deberá ser ese cónyuge el único obligado a satisfacer el importe de las cuotas de amortización del préstamo, por ser el único prestatario. Recuerda que <<de la amortización del préstamo habrá de responder quien lo suscribió por razón de dicha obligación así contraída>>¹⁰⁸.

7.2 Situaciones de contribución desigual y de impago de la deuda hipotecaria

Una importante consecuencia de la consideración de estos pagos como deuda y no carga del matrimonio es que cualquier cónyuge podrá reclamar el reembolso de lo pagado en exceso. Por ejemplo, si en caso de insolvencia de un deudor y para evitar una eventual ejecución hipotecaria sobre la vivienda uno de los cónyuges decidiese asumir el pago por entero de las cuotas, tendrá derecho a ser reembolsado por la contribución desigual¹⁰⁹, en fase de liquidación de la sociedad de gananciales y en virtud de los artículos 1145 y 1398.3.

Imaginemos ahora que solamente uno de los cónyuges fuese deudor del préstamo, por haberlo contratado para adquirir el inmueble antes del comienzo de la sociedad de gananciales, pero el otro tuviera atribuido judicialmente el uso de la vivienda y realizara los pagos para evitar la ejecución. Este cónyuge usuario tendrá también derecho al reembolso de lo abonado, pero en virtud del artículo 1158, por haber hecho un pago por tercero¹¹⁰; esto es, por haber satisfecho una deuda que no le correspondía.

Estas acciones de reembolso nacen de la ley, en concreto del régimen general de obligaciones y contratos, y no de la sentencia de divorcio. Aunque estas resoluciones se pronuncien diciendo que los cónyuges deben contribuir al pago de la deuda hipotecaria de manera proporcional a su participación, dicha alusión es innecesaria por no surgir este gasto

¹⁰⁷ STS 20 de marzo de 2013 (RJ/2013/4936)

¹⁰⁸ STS 24 de abril de 2018 (RJ/2018/1599)

¹⁰⁹ RUBIO GIMENO, G.: *Comentario a la Sentencia de 28 de marzo de 2011*, en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 88/2012, parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios, p. 6 (BIB 2012/345)

¹¹⁰ CUENA CASAS, M.: *Hipoteca y crisis conyugal*, en Revista de Derecho Civil, vol. IV, núm. 4 (octubre - diciembre, 2017), parte Estudios, p. 78

de la relación matrimonial sino de la relación crediticia de los cónyuges con la entidad financiera o, en general, el prestamista. Siendo esto así, resultaría completamente impropio que la ejecución de una obligación dineraria que el ejecutado tiene con terceros se realizase con base en una sentencia de divorcio¹¹¹. Por ello, como apunta CUENA CASAS, <<la vía de reclamación de las cantidades abonadas por el excónyuge frente al otro no puede ser el procedimiento de ejecución de títulos judiciales. Es decir, no puede reclamarse el reembolso de dichas cantidades en ejecución de la sentencia de divorcio>>¹¹². Por lo tanto, la petición de restitución de estas cantidades deberá hacerse a través del proceso monitorio o declarativo que corresponda, pero no en el marco de un proceso matrimonial ni en sede de un Juzgado de Familia.

El único escenario en el que se podría utilizar el cauce procesal de la ejecución de sentencia de divorcio para reclamar las cantidades pagadas en exceso será si, como veremos a continuación, las partes han pactado abonar las cuotas en una proporción distinta a la que figura en el negocio constitutivo de la obligación; todo ello con las peculiaridades que revisten estos pactos.

7.3 Eficacia de los acuerdos y decisiones judiciales que propugnen una contribución desigual al pago de las cuotas

La contribución al pago de las cuotas del préstamo hipotecario, como hemos visto, deberá distribuirse de forma proporcional a lo concertado con el prestamista. Así, a estos efectos, es irrelevante la capacidad económica de cada cónyuge si ambos se han obligado frente a la entidad crediticia, pues el compromiso contractual ha de permanecer inmune al estado de solvencia o de la relación entre ambos¹¹³; es decir, el acreedor es ajeno a los incidentes que se puedan producir en la relación conyugal. No obstante, ¿pueden los

¹¹¹ AZAUSTRE GARRIDO, M^a D.: *Problemática del pago de hipoteca y de otras deudas del matrimonio tanto en la fase declarativa como de ejecución*, en Revista de Derecho de Familia, núm. 69/2015, parte Artículos Doctrinales, p. 7 (BIB 2015/16882)

¹¹² CUENA CASAS, M.: *Hipoteca...*, p. 78

¹¹³ CABEZUELO ARENAS, A. L.: *¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concertadas con la entidad de crédito*, en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2011, parte Estudios, p. 4 (BIB 2011/1356)

cónyuges pactar un régimen de contribución diferente al que se derive del título de constitución de la obligación?

Como hemos visto, el acreedor no se ve afectado por la crisis matrimonial, pudiendo dirigirse a cualquiera de los cónyuges si éstos se han obligado solidariamente (que es lo habitual). Su posición se mantiene inalterada con independencia de los pactos que hayan celebrado los cónyuges entre sí, que no tienen ningún efecto en su derecho de crédito salvo que el acreedor consienta la novación subjetiva de la obligación¹¹⁴. Y es que, en efecto, un pacto de esta naturaleza supondría una novación subjetiva pues, si bien la obligación permanece idéntica, se está modificando la figura del deudor; el artículo 1205 prohíbe expresamente que este cambio se realice sin el consentimiento del acreedor.

Por tanto, podemos concluir que la posición crediticia se mantiene inalterada a pesar de los pactos que puedan celebrar los deudores respecto al pago de las cuotas, y el acreedor podrá dirigir sus facultades de agresión al patrimonio de cualquiera de los deudores que figuren en el título que da lugar al nacimiento de la obligación. Ello no obsta, sin embargo, para que los cónyuges puedan celebrar pactos que únicamente tendrán eficacia en sus relaciones internas, sin afectar en absoluto a la posición del acreedor prestamista. Estos acuerdos tendrán plena validez “inter partes” y no supondrán una novación de la deuda frente al acreedor¹¹⁵, debiendo hacerse constar de mutuo acuerdo en el convenio regulador. De esta manera, lo así pactado solamente será oponible entre los propios cónyuges, y lo pagado en una distribución diferente a la del título de constitución de la hipoteca deberá tener su reflejo contable en el momento de liquidación de la sociedad de gananciales¹¹⁶.

El Tribunal Supremo confirma la validez de estos acuerdos. Al resolver sobre un caso en el que uno de los cónyuges se obligó en el convenio regulador a abonar la totalidad del préstamo hipotecario y que, posteriormente, solicitó que éste se abonase por mitad entre ambos, la Sala Primera desestimó su pretensión. Afirmó que <<la obligación contraída por el esposo se contiene en el convenio regulador de la separación matrimonial siendo doctrina

¹¹⁴ RUBIO GIMENO, G.: *op. cit.*, p. 7

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 5

¹¹⁶ AZAUSTRE GARRIDO, M^a D.: *op. cit.*, p. 5

reiterada de esta Sala que los cónyuges puedan pactar lo que consideren más conveniente (...) sobre la base de que el convenio es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados que proclama el artículo 1255 CC, permite a ambos cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a sus intereses (...) se acuerda el pago íntegro de las cuotas del préstamo hipotecario con independencia de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de uno y otro y de los derechos del acreedor derivadas del préstamo, que no se ven alterados por ese pacto>>¹¹⁷. Sostiene, además, que la carga hipotecaria asumida por el marido en el convenio no puede alterarse ahora al no concurrir los requisitos necesarios para la modificación del mismo, sin perjuicio de que en la liquidación de la sociedad se ejerciten las acciones de reembolso que correspondan.

Retomando el razonamiento de CUENA CASAS respecto a las vías de reclamación de lo pagado en exceso, sería en supuestos de pactos de esta naturaleza cuando <<podría ejercitarse la acción de reclamación de cantidad en proceso de ejecución de sentencia de divorcio que aprueba el convenio regulador que contiene tal pacto>>¹¹⁸. Siempre que, por supuesto, uno de los cónyuges haya tenido que pagar más de lo que le correspondiera en virtud de este pacto.

Ahora bien, ¿sería válida la sentencia que impusiese una contribución desigual al pago de las cuotas? Una cosa es que ambos cónyuges acuerden dicha medida en el convenio regulador y la sentencia de divorcio valide y homologue ese acuerdo, lo que como hemos visto es perfectamente viable; y otra bien distinta es que se acuerde una medida de esa naturaleza en ausencia de pacto, esto es, sin mediar el mutuo acuerdo de los cónyuges.

La respuesta en este caso sería negativa. El juez no puede alterar los términos convenidos en un contrato con un tercero que, además, no ha prestado su consentimiento y es completamente ajeno al proceso que se está dilucidando; por no mencionar que esa materia escapa a la competencia del Juzgado de Familia al regirse por el derecho hipotecario¹¹⁹.

¹¹⁷ STS 30 de abril de 2013 (RJ/2013/4607)

¹¹⁸ CUENA CASAS, M.: *Hipoteca...*, p. 79

¹¹⁹ CABEZUELO ARENAS, A. L.: *¿Son cargas matrimoniales...*, p. 4

8. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) contiene un procedimiento especial para la ejecución judicial de bienes inmuebles hipotecados, que se inserta dentro del marco general de la ejecución pero prestando atención a sus propias particularidades¹²⁰ y que, además, se completa con lo previsto en la Ley Hipotecaria y en el Reglamento Hipotecario. Una exposición pormenorizada de dicho procedimiento excedería del ámbito de este trabajo, por lo que nos limitaremos a explicar someramente que, dentro de la ejecución hipotecaria, la vivienda habitual presenta algunas peculiaridades a tener en cuenta, que la diferencian del resto. Conviene destacar que la ley, al sentar estas condiciones de protección especial, se refiere a la “vivienda habitual”; pero no podemos olvidar que la vivienda familiar, necesariamente, tendrá siempre la consideración de vivienda habitual, pues la habitualidad es una *conditio sine qua non* para que un inmueble revista carácter familiar. Por ello, no cabe duda que le serán de aplicación.

Una primera singularidad podemos encontrarla en el artículo 575 LEC, que determina el importe por el que se debe proceder a despachar la demanda ejecutiva, tanto en condición de cantidad principal como de costas y de intereses que se devenguen durante la ejecución. La ley establece que, para estos dos últimos conceptos, se debe establecer una cantidad provisional y orientativa del 30%, calculada sobre el montante principal que se reclama; todo ello a la espera de una tasación y liquidación exacta que tendrá lugar posteriormente.

Sin embargo, el propio artículo establece una excepción para las ejecuciones efectuadas sobre vivienda habitual, diciendo que, en todo caso, las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5%. Entendemos que este límite máximo es de obligada observancia tanto en el momento de la fijación provisional de costas como en el momento de la fijación definitiva, tras la liquidación posterior, por lo que nunca se podrá rebasar ese porcentaje.

¹²⁰ FUENTES SORIANO, O.: “La ejecución hipotecaria de bienes inmuebles”, en J. M^a. Asencio Mellado (dir.), *Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015

Constituye también una diferencia importante la contenida en el artículo 693.3 LEC. Este precepto recoge el criterio general del vencimiento anticipado y establece que, cuando se reclame la ejecución de una obligación que deba pagarse en plazos o mensualidades (como es el caso del préstamo hipotecario), una vez que se hayan impagado tres o más plazos, el acreedor puede proceder a dar por resuelto el contrato y reclamar las cuotas impagadas y el resto de la obligación¹²¹. Sin embargo, añade que el acreedor podrá permitir al deudor liberar el bien y archivar la ejecución a través de la consignación de la cantidad de las cuotas vencidas e impagadas, así como los intereses de demora que hayan surgido.

No obstante, si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, esta posibilidad pasa de ser una facultad del acreedor a convertirse en un derecho del deudor, que podrá proceder de esta manera incluso sin el consentimiento del demandante. Así pues, el deudor conseguirá la liberación del bien, el archivo de la ejecución y la rehabilitación del préstamo hipotecario abonando las cuotas impagadas al momento de presentarse de la demanda más los intereses de demora y sucesivos vencimientos del préstamo.

Pese a todo, en lo referente al vencimiento anticipado tras el impago de tres o más plazos debemos tener en cuenta la reforma operada en 2019 que modifica la Ley Hipotecaria¹²². Así, de acuerdo con el artículo 129 bis del anterior texto, cuando el bien garantizado con hipoteca fuese la vivienda familiar¹²³, el legislador articula una defensa adicional del inmueble estableciendo que para poder proceder a su ejecución será imprescindible que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al 3% o 12 plazos durante la primera mitad de la duración del préstamo, o al 7% o 15 mensualidades durante la segunda mitad. Añade, además, que el acreedor deberá requerir al deudor y concederle un plazo de un mes para satisfacer la deuda antes de poder proceder a la reclamación; y termina diciendo que el precepto tiene carácter imperativo y no admitirá pacto en contrario.

En principio, no parece que este artículo entre en contradicción con el artículo 693.3 LEC. Creemos que el precepto de la ley rituarial seguirá rigiendo en la ejecución de bienes

¹²¹ JUAN GÓMEZ, M.: *El matiz de la vivienda habitual en la ejecución hipotecaria*, en Consejo General de la Abogacía Española, Blog de Derecho de los Consumidores, 2018. Recuperado de: <http://cort.as/-loYv> [28/05/2019].

¹²² En concreto, por el apartado cuarto de la disposición final primera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que añade el artículo 129 bis a la Ley Hipotecaria.

¹²³ La norma no hace referencia explícita a la vivienda familiar, sino que se refiere a “bienes inmuebles para uso residencial”. Si bien no todos los inmuebles de uso residencial pueden tener el carácter de vivienda familiar, sin duda todas las viviendas familiares encajan en ese concepto, por lo que estarán bajo el paraguas de protección de este precepto.

hipotecados en general, pero cuando dicho bien sea un inmueble de uso residencial habrá que atender a las especialidades de vencimiento anticipado que recoge el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, la mencionada norma no se pronuncia sobre el mantenimiento o no del derecho del deudor de liberar el bien y archivar la ejecución que sí recoge la LEC; pero, a falta de pronunciamientos expertos, consideramos que la aparente falta de contradicción y la vigencia del principio del *favor debitoris* permiten encajar este derecho en el nuevo articulado de la Ley Hipotecaria.

El límite temporal que el artículo 693.3 LEC establece para esta enervación de la acción hipotecaria es el día señalado para la subasta, incluso durante la celebración de la misma, pero siempre antes de que finalice¹²⁴. El propio Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este límite temporal, afirmando que <<cuando se ha practicado la subasta, la consignación del precio total e incluso la cesión a tercero, la hipoteca ha sido totalmente ejecutada, la acción se ha consumado, no puede resucitar, es decir, no puede ser enervada (...) el momento final para la enervación de la acción hipotecaria, es el anterior a su consumación, es decir, el anterior a la consignación del precio>>¹²⁵.

Añade el precepto que esta maniobra podrá realizarse varias veces mientras siga vigente el préstamo, con la única condición de que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación del bien y la del siguiente requerimiento de pago del acreedor.

La vivienda habitual también es objeto de protección en sede de subasta, especialmente cuando ésta ha quedado desierta por no haber ningún postor. Sobre este supuesto se pronuncia el artículo 671 LEC. Afirma que el acreedor podrá, en el plazo de 20 días, pedir la adjudicación del bien por los siguientes porcentajes: el 50% del valor por el que hubiese salido el bien a subasta (es decir, el valor de tasación) o bien, si la deuda es inferior a ese 50%, por la cantidad que se le deba. Sin embargo, las proporciones varían si el bien ejecutado es la vivienda habitual del deudor. En este caso, el acreedor deberá abonar el 70% del valor de tasación del inmueble o, si la deuda es inferior a esa cantidad, tendrá que satisfacer el 60% como mínimo. Si pasado ese plazo el demandante no hubiese hecho uso de esta facultad, se procederá al alzamiento del embargo. Por lo tanto, en el caso de la vivienda

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ STS 5 de marzo de 2009 (RJ/2009/1632)

habitual y para mayor protección del deudor, el legislador establece unos porcentajes de adjudicación sensiblemente superiores en comparación a un bien inmueble ordinario.

Ha habido una cierta controversia en la interpretación del inciso referido a la vivienda habitual, cuando dice que la adjudicación se hará por el 60% “si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje [el 70%]”. La polémica reside en si se realiza una interpretación literal del artículo 671, en cuyo caso el valor de adjudicación será del 60% exclusivamente, o si se entiende que ese porcentaje es un límite mínimo, por lo que el precio de adjudicación se situará entre el 60% y la cantidad efectivamente debida con el límite máximo del 70%. La DGRN se inclina por esta segunda interpretación, pues de lo contrario el deudor, además de haber perdido su vivienda habitual, seguiría manteniendo una deuda con el acreedor. En una de sus resoluciones¹²⁶, la vivienda habitual del deudor fue tasada a efectos de subasta en 258.000 euros. La cantidad debida por todos los conceptos, una vez liquidada, fue de 168.808,17 euros, lo cual supone el 65’43% del precio de subasta. Si se adjudicase la vivienda al ejecutante solo por el 60% del precio, el deudor todavía tendría que satisfacer una deuda equivalente al 5’43%. Por lo tanto, <<se estima que la interpretación ponderada y razonable del artículo 671, para evitar un resultado literal contrario al espíritu y finalidad de la ley, habrá de ser la de que si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor (...) o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta>>.

Ahora bien, puede ocurrir que, una vez ejecutada la vivienda habitual, el producto de la subasta no sea suficiente para la satisfacción del derecho de crédito del acreedor; en ese caso, éste puede continuar la ejecución por las cantidades restantes, de acuerdo con el artículo 579 LEC y como consecuencia lógica del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil. No obstante, la realización de ese remanente deberá seguir las normas propias de la ejecución ordinaria, sin acomodarse, como hasta ahora, a las especialidades de la ejecución hipotecaria¹²⁷.

¹²⁶ RDGRN 23 de mayo de 2018 (RJ/2018/2502)

¹²⁷ NAVARRO COLOMÉ, C.: *Las ejecuciones hipotecarias de los bienes hipotecados y su posterior prosecución a otros bienes del deudor no garantizados. Planteamiento de una solución a favor del deudor*, en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2012, parte Estudios, 2012 (BIB 2012/2857)

No debemos confundir este escenario con el descrito previamente, al hablar de la interpretación del artículo 671. En ese caso, el importe de la deuda era superior al 60% del valor de tasación aunque no llegaba a alcanzar el 70%, pero quedaba saldada con la adjudicación de la vivienda (por ejemplo, la deuda era equivalente al 67% del importe de tasación); mientras que, en lo que ahora nos ocupa, la ejecución del inmueble no es suficiente para dar por cumplida la obligación y queda deuda pendiente (la deuda es superior al 70% del valor de tasación).

El mencionado artículo 579 LEC fue reformado en 2013¹²⁸, en plena crisis económica y financiera, con el objetivo de equilibrar las posiciones de deudor y acreedor en las situaciones en las que, tras la ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, no hubiera quedado satisfecha la totalidad del crédito; escenarios dramáticos que se habían venido multiplicando desde el inicio de la recesión económica.

En síntesis, estableció un régimen especial para la continuación de la ejecución de bienes tras la adjudicación de la vivienda habitual¹²⁹. Para ello, prevé dos supuestos en los que el deudor queda liberado de su obligación: cuando en el plazo de 5 años se pague el 65% de la deuda, o el 80% en el plazo de 10 años, se condonará el resto. Además, contempla una participación del ejecutado en las plusvalías que el acreedor pueda obtener de la venta de la vivienda adjudicada: si éste enajena el bien en los 10 años posteriores a su adjudicación, la deuda se reducirá en el importe correspondiente al 50% de la plusvalía obtenida.

Lo cierto es que este artículo, a pesar de la bienintencionada reforma, provocó un auténtico revuelo en los Tribunales durante la vorágine de la crisis económica. La abundancia de situaciones como la descrita anteriormente, en la que la entidad se adjudicaba una vivienda a través del artículo 671 LEC y continuaba dirigiéndose contra el deudor por la cantidad restante, provocó que multitud de resoluciones judiciales impusiesen obligatoriamente la dación en pago a las entidades financieras y diesen por extinguida la deuda una vez adjudicado el inmueble. Para ello, aducían tesis como la doctrina de los actos propios, la del

¹²⁸ En concreto, por el artículo 7.5 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

¹²⁹ JUAN GÓMEZ, M.: *Ibid.*

enriquecimiento injusto o la del abuso de derecho¹³⁰. Sin embargo, la doctrina científica parece ser unánime en su crítica, al afirmar que este tipo de resoluciones pretenden una búsqueda de justicia material (aunque entendemos que este objetivo, pese a lo encomiable que pueda parecer, supone un exceso del juzgador respecto a la función jurisdiccional) pero, para ello, excepcionan abiertamente el principio de legalidad infringiendo, entre otros, el artículo 1911 del Código Civil¹³¹.

Finalmente, podemos concluir este repaso a las singularidades de la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar aludiendo al artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria¹³², que dice que el interés de demora de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales y solo podrá devengarse sobre el principal pendiente de pago.

En definitiva, algunos de los principales distintivos en caso de que el inmueble ejecutado sea la vivienda habitual se proyectan sobre el límite máximo de costas judiciales, la posibilidad de enervar la acción hipotecaria antes de la conclusión de la subasta, los porcentajes de adjudicación del bien en las subastas sin postor, el régimen especial de la ejecución del remanente de la deuda tras la pérdida de la vivienda habitual y la limitación de los intereses de demora.

¹³⁰ GARCÍAS DE ESPAÑA, E.: *Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior*, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 10/2013, parte Doctrina, 2013 (BIB 2013/59)

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Este artículo ha sido objeto de reforma por el apartado dos de la disposición final primera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

9. CONCLUSIONES

La confección de este Trabajo de Fin de Grado nos ha permitido estudiar en profundidad el régimen de la vivienda familiar hipotecada, del que podemos destacar, entre otras, las siguientes conclusiones:

UNO. La vivienda familiar puede no ser única y cabe la posibilidad de existencia de varias viviendas familiares simultáneas, siempre que reúnan los requisitos de estabilidad, permanencia, habitualidad y residencialidad.

DOS. La adquisición de la vivienda familiar mediante préstamo hipotecario en estado de soltería pero con abono de parte de las cuotas a costa del patrimonio ganancial hace surgir la regla del proindiviso entre el cónyuge adquirente y la sociedad de gananciales, lo que conlleva la variabilidad de las cuotas de propiedad y su indeterminación hasta el momento final de cumplimiento de la obligación, cuando quedarán definitivamente fijadas mediante nota marginal en el Registro de la Propiedad.

TRES. La vivienda adquirida constante la sociedad de gananciales por ambos cónyuges que conforme a los criterios generales de calificación hubiese tenido naturaleza total o parcialmente privativa puede ser objeto de atribución expresa o presunta de ganancialidad por el acuerdo de los esposos, carácter que se mantiene inalterable aun cuando se demuestre la naturaleza privativa de los fondos empleados; pero que, sin embargo, implica el surgimiento de un derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante de dinero privativo salvo que esa posibilidad sea expresamente excluida.

CUATRO. El pago de las cuotas del préstamo hipotecario en situaciones de crisis matrimonial no constituye una carga del matrimonio sino una deuda de la sociedad de gananciales que habrá de ser satisfecha de manera proporcional a la participación de los cónyuges en el título de constitución de la hipoteca, sin perjuicio de que puedan pactar una contribución desigual que únicamente tendrá validez *inter partes*.

CINCO. La ejecución hipotecaria de la vivienda familiar y demás inmuebles de uso residencial requiere del impago de un número de plazos diferente y superior al resto de bienes hipotecados.

10. BIBLIOGRAFÍA

ATAZ LÓPEZ, Joaquín: *Bienes adquiridos a plazos en la sociedad de gananciales*, en Revista Jurídica de la Región de Murcia, nº6, 1987, pp. 13-27

AZAUSTRE GARRIDO, M^a Dolores: *Problemática del pago de hipoteca y de otras deudas del matrimonio tanto en la fase declarativa como de ejecución*, en Revista de Derecho de Familia, núm. 69/2015, parte Artículos Doctrinales (BIB 2015/16882)

BENAVENTE MOREDA, Pilar: “Familia: las adquisiciones por precio aplazado. Especial referencia a la vivienda familiar”, en G. Díez-Picazo Giménez y L. Díez-Picazo, *Derecho de familia*, Civitas, Navarra, 2012 (BIB 2012/8022)

- *Inscripción de bienes gananciales y privativos en el Registro de la Propiedad. Análisis de la jurisprudencia de la DGRN*, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº21, 2010-I

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: *Aspectos relevantes en torno a la vivienda familiar*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 762

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: *La atribución del uso de las segundas residencias en los procesos matrimoniales*, en Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2012, parte Estudios (BIB 2012/2992)

- *¿Son cargas matrimoniales los préstamos concertados durante el matrimonio para adquirir la vivienda? El problema de la alteración convencional o judicial de las cuotas concertadas con la entidad de crédito*, en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2011, parte Estudios (BIB 2011/1356)

CALZADILLA MEDINA, María Aránzazu: “Protección del patrimonio ganancial vía art. 1357.2º del Código Civil”, en C. Lasarte y M^a D. Cervilla (dirs.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018

CUENA CASAS, Matilde: “El régimen jurídico de la vivienda familiar”, en M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Aranzadi, Navarra, 2011

- *Hipoteca y crisis conyugal*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4 (octubre - diciembre, 2017), parte Estudios, pp. 47-86

DE LA PUENTE ALFARO, Fernando: *La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 698, 2006

DE LOS MOZOS, José Luis: “Comentario a los artículos 1355 a 1357”, en M. Albadalejo y S. Díez Alabart, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XVIII, Vol. 2, Edersa, Madrid, 2005. Consultado en vLex: <https://app.vlex.com/#vid/262389>

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995

ESPIAU ESPIAU, Santiago: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992

FERNÁNDEZ CANALES, Carmen: *Sociedad de gananciales y vivienda conyugal*, Editorial Reus, Madrid, 2013

FUENTES SORIANO, Olga: “La ejecución hipotecaria de bienes inmuebles”, en J. M^a. Asencio Mellado (dir.), *Derecho Procesal Civil*, 3^a edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015

GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, en P. Viladrich (coord.), *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986

GARCÍAS DE ESPAÑA, Eugenia: *Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2013, parte Doctrina, 2013 (BIB 2013/59)

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier: “La sociedad de gananciales”, en V. M. Garrido de Palma (dir.), *Instituciones de Derecho privado*, 2ª edición, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, Navarra

GIL MEMBRADO, Cristina: *La vivienda familiar*, Editorial Reus, Madrid, 2013

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, Ainhoa: *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, en Editorial Dykinson, Madrid, 2002

HERRERO GARCÍA, María José: “Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Código Civil”, en *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1984

JUAN GÓMEZ, Mateo: *El matiz de la vivienda habitual en la ejecución hipotecaria*, en Consejo General de la Abogacía Española, Blog de Derecho de los Consumidores, 2018. Recuperado de: <http://cort.as/-IoYv> [28/05/2019]

LÓPEZ LIZ, José: *Bienes inmuebles y sociedad conyugal*, en Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 48

MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa.: *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: artículo 1357, párrafo 2, del Código civil*, Civitas, Madrid, 2002

MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis: “Comentario al artículo 1357”, en I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil, Tomo VII*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: “Comentario al artículo 1320”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013

- “Comentario al artículo 1356”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2006
- “Comentario al artículo 1358”, en *Ibid.*

MORENO MOZO, Fernando: *Cargas del matrimonio y alimentos*, Colección Estudios de Derecho Privado, Editorial Comares, Granada, 2008

MURCIA QUINTANA, Emilio: *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar*, Civitas, Madrid, 2002

NAVARRO COLOMÉ, César: *Las ejecuciones hipotecarias de los bienes hipotecados y su posterior prosecución a otros bienes del deudor no garantizados. Planteamiento de una solución a favor del deudor*, en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6/2012, parte Estudios, 2012 (BIB 2012/2857)

ORDÁS ALONSO, Marta: *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: “Comentario al artículo 1357”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil, Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013

- “Comentario al artículo 1356”, en *Ibid.*
- “Comentario al artículo 1390”, en *Ibid.*
- “Comentario al artículo 1358”, en *Ibid.*
- “Comentario al artículo 1355”, en *Ibid.*

RUBIO GIMENO, Gemma: *Comentario a la Sentencia de 28 de marzo de 2011*, en Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 88/2012, parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios (BIB 2012/345)

SERRANO FERNÁNDEZ, María: “Comentario al artículo 1357”, en A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, volumen III*, Thomsom Reuters Aranzadi, Navarra, 2ª edición, 2016

TAMAYO CARMONA, Juan Antonio: *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Aranzadi, Pamplona, 2003

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: *Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La “necesidad de vivienda”*, en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, nº1, 2016

VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, Mª del Carmen: *Pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar: su consideración o no como carga del matrimonio*, en Revista de Derecho Patrimonial, núm. 27/2011, parte Jurisprudencia (BIB 2011/1270)